



***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA
PROFESIÓN DE ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE
CANTABRIA
(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE
ABOGADOS DE CANTABRIA)***

TRABAJO FIN DE MÁSTER

CURSO ACADÉMICO 2020-2021

TÍTULO

Estudio práctico de la responsabilidad civil médica.

WORK TITLE

Practical study of medical civil liability.

AUTOR

**Pablo Pereda
Guinea**

DIRECTOR:

Juan Antonio Berdejo Vidal

RESUMEN: La praxis médica se configura como una obligación de medios que obliga al profesional a cumplir escrupulosamente los requisitos que establece la *lex artis ad hoc*. Cuando este deber no se respeta, se produce lo que se conoce como negligencia o culpa médica, en cuyo caso, habrá que dirimir si el médico interviniente ha de responder por tal actuación. No obstante, no es suficiente la existencia de una actuación deficiente por parte del profesional, sino que, además, será necesario constatar la existencia de un daño cuyo origen se encuentre en dicha intervención. Así, mala praxis, daño y nexo causal son los tres elementos que determinan la asunción de responsabilidad civil médica. Sin embargo, dadas las dificultades probatorias que experimentan los demandantes para probar tales extremos y el componente aleatorio propio de la ciencia médica, que crea un ámbito de incertidumbre en el que será imposible determinar si el daño se debe a la actuación del profesional, el número de demandas de responsabilidad civil médica que se estima es escaso. En el presente trabajo veremos cómo se conjugan los diversos elementos que componen el régimen de responsabilidad médica, así como aquellos mecanismos ideados para facilitar la función probatoria al demandante; todo ello desde un punto de vista práctico y a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia en la medida en que han asumido un papel fundamental a la hora de interpretar y desarrollar la escasa regulación normativa al respecto.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil médica, relación médico paciente, imputación de responsabilidad, *lex artis ad hoc*, consentimiento informado, carga de la prueba, valoración del daño.

ABSTRACT: Medical practice is configured as an obligation of means that constrains the professional to scrupulously comply with the requirements established by the *lex artis ad hoc*. When this duty is not respected, what is known as medical negligence or fault occurs, in which case, it must be decided whether the doctor involved is responsible for such action. However, it is not enough that the professional has acted in a deficient manner; it will also be necessary to establish the existence of damage originated from the intervention. Thus, malpractice, damage and causal link are the three elements which determine the assumption of medical civil liability. Nevertheless, given the evidentiary difficulties experienced by plaintiffs in proving such extremes and the random component inherent in medical science, which creates an area of uncertainty in which it will be impossible to determine whether the damage is due to the professional's performance, the number of medical civil liability claims estimated is low. In this paper we will see how the different elements that make up the medical liability regime are combined, as well as those mechanisms designed to facilitate the evidentiary function of the plaintiff; all of this from a practical point of view and in the light of doctrine and case law to the extent that they have assumed a fundamental role in interpreting and developing the scarce normative regulation in this regard.

KEY WORDS: Medical civil liability, doctor-patient relationship, imputation of liability, *lex artis ad hoc*, informed consent, burden of proof, assessment of damage.

1.	INTRODUCCIÓN.....	1
2.	CONCEPTO Y PRINCIPIOS.....	2
3.	LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE.....	3
3.1.	CARÁCTER CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL DE LA RELACIÓN.....	3
3.1.1.	<i>Prestación de servicios médicos en virtud de un contrato celebrado directamente entre el facultativo y el paciente.....</i>	4
3.1.2.	<i>Prestación de servicios médicos en virtud de un contrato celebrado entre el paciente y la clínica privada.....</i>	5
3.1.3.	<i>Prestación de servicios médicos en virtud de un seguro de salud privado.</i>	6
3.1.4.	<i>Actividad médica realizada sin mediar contrato alguno.....</i>	6
3.1.5.	<i>Consecuencias prácticas de la naturaleza de la relación médico-paciente</i>	7
3.2.	OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADO.....	9
3.2.1.	<i>Medicina curativa, necesaria o asistencial.</i>	11
3.2.2.	<i>Medicina satisfactiva o voluntaria.....</i>	12
3.2.3.	<i>Consecuencias prácticas de estar ante una obligación de medios o de resultado</i>	14
4.	SISTEMA DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD.....	15
4.1.	LEX ARTIS	15
4.2.	EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	17
4.2.1.	<i>La información sanitaria.</i>	18
4.2.2.	<i>El consentimiento informado y la responsabilidad del médico.</i>	20
4.3.	RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHO PROPIO	22
4.3.1.	<i>El deber de asistencia médica.....</i>	23
4.3.2.	<i>El deber de actuación médica.....</i>	24
4.3.3.	<i>El deber de competencia profesional.....</i>	25
4.3.4.	<i>Negligencias médicas más habituales: el error de diagnóstico.</i>	26
4.3.5.	<i>La responsabilidad por hecho propio de los centros sanitarios.....</i>	28
4.3.6.	<i>Otros deberes susceptibles de originar responsabilidad civil.....</i>	29
4.4.	RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHO AJENO	30
4.5.	RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA APLICACIÓN DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.....	32
4.6.	RELACIÓN DE CAUSALIDAD	33
5.	LA PRUEBA DE LA CULPA Y DEL NEXO CAUSAL	35
5.1.	VALORACIÓN DE LA PRUEBA	35
5.2.	CARGA DE LA PRUEBA	36
5.2.1.	<i>Regla general de la carga de la prueba.....</i>	36
5.2.2.	<i>Presunciones legales o inversiones legales de la carga de la prueba de la culpa o de causalidad en determinados supuestos.</i>	37
5.2.3.	<i>Presunciones judiciales</i>	37
5.2.3.1.	<i>Presunciones judiciales de culpa: la doctrina del daño desproporcionado</i>	37
5.2.3.2.	<i>Presunciones judiciales de nexo de causalidad: la doctrina de la pérdida de la oportunidad. ..</i>	39
5.2.4.	<i>La doctrina de la facilidad o disponibilidad probatoria.</i>	40
5.3.	LA PRUEBA PERICIAL	41
6.	EL DAÑO Y LA INDEMNIZACIÓN	42
6.1.	DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES: CORPORALES Y MORALES.....	42
6.1.1.	<i>Daños corporales.....</i>	43
6.1.2.	<i>Daños morales.</i>	43
6.2.	DAÑOS PATRIMONIALES	45
6.3.	LA VALORACIÓN DEL DAÑO.....	46

7.	ANÁLISIS DE SUPUESTO PRÁCTICO	47
7.1.	HECHOS	47
7.2.	CUESTIONES PROCESALES: COMPETENCIA, LEGITIMACIÓN, PRESCRIPCIÓN Y PROCEDIMIENTO.	48
7.3.	RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE	50
7.4.	IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD.....	51
7.4.1.	<i>Consentimiento informado.....</i>	52
7.4.2.	<i>Responsabilidad por hecho propio.</i>	54
7.5.	NEXO CAUSAL Y SU PRUEBA	56
7.6.	INDEMNIZACIÓN	58
8.	CONCLUSIONES.....	59
9.	BIBLIOGRAFÍA.....	61

1. INTRODUCCIÓN

Desde un aparentemente insignificante retoque estético hasta una operación a corazón abierto, pasando por las más diversas técnicas de reproducción asistida, lo cierto es que las intervenciones médicas que hoy en día se realizan son muchas, muy variadas y, cada vez, más frecuentes.

En este contexto, en ocasiones, de dichas actuaciones se deriva una responsabilidad que plantea no pocos interrogantes desde el punto de vista jurídico. Es el caso de un error en el diagnóstico, una incorrecta prescripción de un medicamento o una intervención quirúrgica cuyos resultados no son los esperados.

Dirimir quién y en qué condiciones asume la responsabilidad generada por los daños ocasionados de la práctica de la medicina ha sido una cuestión abordada de forma continuada a lo largo de la historia. De hecho, algunos autores¹ señalan al Código de Hammurabi como el primer documento en el que se recoge un régimen jurídico aplicable a la praxis médica; fue desarrollado posteriormente por el derecho romano y por numerosos estudiosos de la época medieval; y, finalmente, se consolidó con la codificación decimonónica.

No obstante, la materia de la responsabilidad médica, entendida como una concreción de la responsabilidad civil recogida en el Código Civil, carece de una regulación legal precisa y completa. De este modo, han sido la doctrina y, principalmente, la jurisprudencia quienes han determinado los parámetros y criterios conforme a los cuales determinar si un profesional de la salud ha actuado conforme a derecho. Aun así, como veremos más adelante, sí hay ciertos textos normativos que regulan determinados aspectos en este ámbito.

Además, en los últimos tiempos se ha abandonado una cierta actitud de resignación, heredada de la concepción de la medicina como una ciencia que inevitablemente necesita del error para progresar, dando paso a una conducta mucho más reivindicativa que, fruto de la “cultura de derechos” instaurada por el Estado de Derecho, pretende el resarcimiento de cualquier tipo de daño que se cause a las personas². Si a ello le añadimos la constante evolución de la técnica, la consecuente aparición de nuevas intervenciones médicas hasta hace poco inexistentes y el hecho de que lo que está en riesgo es algo tan importante como la salud, es fácil comprender que la regulación de la responsabilidad médica se haya erigido como un tema, no solo de candente actualidad, sino también de vital importancia.

Esta actual tendencia a judicializar los procesos de responsabilidad médica ha provocado en los profesionales de la salud la adopción de una postura mucho más defensiva, basada en instrumentos como el consentimiento informado o la cobertura de su actuación por una póliza de seguro.

¹ ARBESÚ GONZÁLEZ, V. “Antecedentes históricos de la responsabilidad civil en cirugía estética”. *El avance las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho*, 2016, vol. 26, pp. 379-394.

² DE URBANO CASTRILLO, E. *La responsabilidad penal médica: estado actual de la cuestión*. 2012, p.1. Recuperado de <http://tirantonline.com>.

Sin embargo, a pesar de que se contemplen mecanismos legales para reclamar los eventuales daños, no podemos obviar que la medicina no es una ciencia exacta. Por ello, lo que se pretende con la regulación de la responsabilidad profesional médica no es resarcir en cualquier circunstancia todo tipo de daño que se le ocasione al paciente, sino asegurar que el profesional haga todo lo que esté objetivamente indicado para su curación, ya que, “el médico no puede hacer nada más ni puede exigírsele que haga nada más, porque si ninguna ciencia puede presumir por entero de su exactitud, menos aún puede hacerlo la medicina, en la que la eficacia de cada técnica o método terapéutico se condiciona por toda una gama de circunstancias que escapan al control de ésta y, mucho más aún, al del médico”³.

Dicho lo cual, confío en que este trabajo ofrezca una visión general del tema y permita comprender las principales vicisitudes prácticas que se plantean al respecto, sin perder de vista el cariz técnico que impregna este sector de nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, se analizarán diversas cuestiones, tanto sustantivas como procesales: las diferentes consecuencias que se derivan de la pericia médica en función de si estamos ante medicina satisfactiva o curativa, la relevancia del consentimiento informado, la adecuación de las conductas médicas a la *lex artis ad hoc* y, en general, cualesquiera otros aspectos relevantes sobre el sistema de imputación de responsabilidad, así como las principales cuestiones probatorias a tener en cuenta. No obstante, hay que tener en cuenta que esta investigación se limitará al estudio de la responsabilidad médica en el ámbito civil, dejando de lado los otros dos órdenes jurisdiccionales que más incidencia tienen en esta materia: el penal –por la gravedad de los hechos que enjuicia y lo trascendente de sus consecuencias– y el contencioso administrativo –por lo habitual que es que se susciten estos pleitos en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración–.

2. CONCEPTO Y PRINCIPIOS

La responsabilidad médica se puede definir, de forma amplia, como aquella que surge de la inobservancia, por parte de un profesional de la salud, del deber general objetivo de cuidado, cuando se observe una falta de conocimientos, experiencia, atención, ligereza o torpeza inexcusables.

En un sentido más concreto, la responsabilidad médica es aquella que surge ante el daño producido a un ser humano por un profesional de la medicina en el ejercicio del acto médico⁴:

- El acto médico es aquella actuación directa o indirecta sobre un cuerpo humano por un profesional de la medicina en el ejercicio de su profesión, ya sea en una actividad de prevención, de diagnóstico, de prescripción, de tratamiento o de rehabilitación.

³ GÓMEZ RIVERO, M. C. *La responsabilidad penal del médico*. 2008, p. 1. Recuperado de <http://tirantonline.com>.

⁴ SILLERO CROVETTO, B. “La responsabilidad civil médico-sanitaria” en Manuel Camas Jimena (coord.), *Responsabilidad médica*. 2013, p. 4. Recuperado de <http://tirantonline.com>.

- El profesional de la medicina, tradicionalmente, se refiere a aquella persona que está en posesión del título académico de licenciado en medicina y cirugía, o en su caso especialista, que ejerce la profesión de médico por cuenta ajena o de forma privada y está colegiado. Sin embargo, y aunque en este trabajo nos centraremos en la responsabilidad del médico, hay otras muchas profesiones sometidas a un régimen similar, tales como dentistas, fisioterapeutas, logopedas, enfermeros, etc.

De este modo, se configuran como principios básicos de la responsabilidad médica los siguientes⁵:

- Obligación de medios, aunque existen supuestos concretos que admiten matices.
- La *lex artis* como criterio valorativo.
- La autonomía del paciente y el consentimiento informado.
- Rechazo radical de la responsabilidad objetiva y, por tanto, necesidad de acreditar algún título de imputación de culpa⁶.
- La existencia del nexo causal.
- Especialidades en materia de prueba.
- Causación de un daño.

3. LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

La piedra angular sobre la que se desarrolla la regulación de la responsabilidad médica es la propia naturaleza de la relación que vincula al médico con el paciente⁷. A nuestros efectos, nos interesa especialmente su carácter contractual o extracontractual, así como si se configura como una obligación de medios o de resultado.

3.1. Carácter contractual o extracontractual de la relación

La responsabilidad civil contractual tiene como presupuesto el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato que causa un daño al acreedor. Por el contrario, la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana encuentra su origen en la causación de un perjuicio ajeno a toda relación contractual previa o, al menos, ajeno al ámbito de dicha relación; en otras palabras, la responsabilidad extracontractual es la que surge cuando se transgrede el deber genérico de conducta de no lesionar los derechos e intereses de los demás⁸.

Como regla general, se ha afirmado el carácter contractual de dicha relación, dado que el contrato de asistencia médica tiene una posición preponderante frente a la mera

⁵ DE URBANO CASTRILLO, E. op. cit., p.5.

⁶ Así lo dispuso ya la STS de 13 de julio de 1987 (ROJ STS 8886/1987).

⁷ LLAMAS POMBO, E. *Doctrina general de la llamada culpa médica*. 2002, p. 5. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/>.

⁸ MONTERROSO CASADO, E. “Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación” en Esther Monterroso Casado (coord.), *Responsabilidad profesional*. 2018, p. 2. Recuperado de <http://tirantonline.com>.

atención al paciente; dicho con otras palabras, es poco frecuente que el facultativo atienda espontáneamente a un paciente, lo normal es que se haya celebrado, formal o informalmente, un contrato de asistencia médica⁹.

Ahora bien, como es habitual en esta materia, hay que tener en cuenta una gran cantidad de factores que difuminan el límite entre lo contractual y lo extracontractual, teniendo que acudir al caso concreto para determinarlo. Entre ellos encontramos los siguientes¹⁰:

- Una excesiva especialización por parte de los profesionales y auxiliares de la salud.
- La complejidad de nuevos tratamientos que hace imprescindible que estos deban ser realizados en centros sanitarios equipados con mejor tecnología.
- La intervención en este campo de las compañías aseguradoras.
- La celebración del contrato entre el paciente y la clínica, siendo esta última quien asigna al profesional.

Atendiendo a estos factores y a la intervención de nuevos actores, podemos afirmar que se está produciendo un distanciamiento en la relación entre médico y paciente, lo que dificulta la determinación de la relación jurídica que se produce.

Conocer qué tipo de relación mantiene el paciente con el profesional de salud, contractual o extracontractual, no es una mera cuestión doctrinal, sino que tiene grandes repercusiones prácticas. Por ello, haré una breve mención a las situaciones más comunes hoy en día.

3.1.1. Prestación de servicios médicos en virtud de un contrato celebrado directamente entre el facultativo y el paciente.

Este supuesto se refiere a aquel en el que el paciente acude la consulta del doctor y ambos se comprometen a llevar a cabo las obligaciones que se pactan: este último a prestar los servicios profesionales y, el primero, a satisfacer los correspondientes honorarios.

El contrato que se formalice no tiene por qué ser solemne; de hecho, en la mayoría de casos nos encontramos ante una obligación contractual fáctica que viene determinada por los hechos concluyentes que las partes pactan¹¹.

Hoy en día, como ya hemos señalado, la tendencia habitual es la de la super especialización, lo que implica que el médico necesite de la colaboración de otros profesionales para poder ofrecer un servicio integral. Esto nos es especialmente relevante para determinar la naturaleza de la relación: si el paciente contrató previamente con todos

⁹ PARRA SEPÚLVEDA, D. *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*. Getafe, 2014, p. 16.

¹⁰ PARRA SEPÚLVEDA, D. op, cit., p. 17.

¹¹ MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, L. *La responsabilidad civil*. Colex, Madrid, 2004, p. 230.

los profesionales intervinientes, la relación será estrictamente contractual; sin embargo, si no fue así, el paciente podría reclamar extracontractualmente a esos terceros profesionales o bien, dirigirse contra el facultativo con el que contrató a través de la institución de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*¹².

Del mismo modo, si los daños se producen a causa del lugar en que se produce la prestación de servicios, como podría ser una falta de material del mismo o de las condiciones higiénicas idóneas, hay que atender a lo siguiente. Por un lado, si no se ha formalizado un contrato entre el centro sanitario y el paciente, este podría optar entre dirigirse extracontractualmente frente a la clínica o hacerlo contra el facultativo con el que sí contrató, aunque los daños se debieran a las condiciones en que estuviera el centro sanitario y no a su hacer profesional. Por otro, si el paciente hubiera contratado con la propia clínica por una parte, y con el profesional por otra, estaríamos ante un contrato de hospitalización sin asistencia sanitaria y, por tanto, se trataría de una relación de naturaleza contractual cuyas responsabilidades serían asumidas en función de las cláusulas firmadas¹³. En este último supuesto, y como regla general, ni la clínica ni el profesional asumirían los daños exclusivamente ocasionados por la otra parte.

3.1.2. Prestación de servicios médicos en virtud de un contrato celebrado entre el paciente y la clínica privada.

En segundo lugar, es posible que el paciente acuda a un centro asistencial privado, en vez de solicitar los servicios de un profesional. Se trataría del ya nombrado contrato de hospitalización que abarca la prestación de servicios, tanto extramédicos y paramédicos, como los propiamente médicos. Es, por tanto, la clínica quien designa al personal que deberá asumir tales funciones¹⁴.

En este caso, estaríamos ante una situación muy similar a la vista en el epígrafe anterior. Esto es, el centro sanitario responderá en sede contractual de todos los daños que cause al paciente y que puedan imputársele directamente a este y, *ex* artículo 1903, de todos los perjuicios ocasionados por el personal seleccionado por el mismo. Ello no obsta a que el paciente pueda reclamar directa y extracontractualmente al profesional que haya provocado el daño.

¹² XIOL RÍOS, J. A. “La institución frente a las reclamaciones por negligencias profesionales”. *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, 2004, vol.2, núm. 4, p. 581-582. Recuperado de <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-administracion-sanitaria-siglo-xxi-261-articulo-la-institucion-frente-reclamaciones-por-13070124>: “el Artículo 1903 del Código Civil contempla la llamada responsabilidad por hecho de otro que se produce en aquellos casos en los cuales el responsable no causa directamente el daño, sino que lo causa una persona dependiente de él respecto de la cual el obligado tiene un especial deber de vigilancia o de cuidado en la selección: se trata de la llamada culpa *in eligendo* o *in vigilando*”.

¹³ PARRA SEPÚLVEDA, D. op, cit., pp. 20-23.

¹⁴ GARCÍA GARNICA, M. C. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 25.

3.1.3. Prestación de servicios médicos en virtud de un seguro de salud privado.

La naturaleza de la relación entre el médico y el paciente puede ser aún más compleja cuando este último no contrata ni con el facultativo ni tampoco con la clínica, sino que lo hace con una compañía aseguradora. En este supuesto, la entidad, a cambio de una prima periódica, se compromete a poner a disposición de sus asegurados un catálogo de profesionales sanitarios y de centros hospitalarios.

Sin embargo, la delimitación de las responsabilidades que asume cada sujeto en este entramado de relaciones es a veces muy difusa y depende de las obligaciones que cada parte asume. Así, por ejemplo, la situación es diferente en función de si la compañía se limita al pago de los servicios prestados por los profesionales o si, por el contrario, es ella misma la que se obliga a la prestación sanitaria. En el primero de los supuestos, las eventuales responsabilidades que debería asumir la aseguradora serían mucho más difíciles de concretar que en el segundo, en cuyo caso podría actuarse contractualmente contra ella y extracontractualmente contra el facultativo que efectivamente haya prestado los servicios¹⁵.

3.1.4. Actividad médica realizada sin mediar contrato alguno

Aunque es algo excepcional, es posible que la naturaleza de la relación médico-paciente sea enteramente extracontractual. En la mayoría de los casos, como hemos visto, media un contrato entre paciente y facultativo o centro médico, pero hay otros supuestos en que estos últimos tienen que atender al primero sin haber formalizado ningún pacto previo. Dado lo anecdótico de estos casos, procedo a citarlos brevemente¹⁶:

- El paciente que es atendido por el médico espontáneamente y de urgencia cuando pierde la consciencia en la vía pública.
- El paciente que es trasladado por un tercero no habilitado para prestar el debido consentimiento hasta la clínica privada de un médico o el centro sanitario y recibe allí la asistencia médica¹⁷.
- El paciente que recibe asistencia médica en contra de su voluntad, como serían los casos de autolesionismo que reciben auxilio médico.
- El paciente que sufre un perjuicio a raíz de la negativa de un médico a iniciar una relación contractual.
- El paciente que sufre las consecuencias de un ilícito penal por parte del facultativo.
- Además de estos supuestos, son extracontractuales todos los daños causados en las siguientes relaciones, que ya hemos analizado previamente, y que se deben a las múltiples y complejas opciones que tiene el paciente de contratar con unos y otros: los causados por un médico designado por la entidad, ya sea

¹⁵ GARCÍA GARNICA, M. C. op. cit., pp. 27-29.

¹⁶ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., pp. 25-28.

¹⁷ No son infrecuentes los casos en que una persona sufre un percance en la vía pública y es trasladado por un peatón o por un taxista hasta un centro de asistencia médica.

una clínica privada o una aseguradora, cuando no se ha contratado con aquel, pero sí con esta última; los que tienen su origen en la actuación de terceros en los casos de trabajo en equipo cuando no se ha contratado con la totalidad de los profesionales intervinientes; y los que tienen su origen en las condiciones del lugar donde se lleva a cabo la asistencia médica, siempre que no se hubiera contratado con el propio centro asistencial.

- También es extracontractual la relación entre un paciente y el médico con el que ha contratado, cuando el daño se deriva del incumplimiento de una obligación al margen de lo pactado en el contrato o del deber general de no lesionar los derechos e intereses del otro.

3.1.5. Consecuencias prácticas de la naturaleza de la relación médico-paciente

Es necesario tener claro que el régimen jurídico aplicable a una responsabilidad de origen contractual es el recogido en los artículos 1101 a 1108 del Código Civil, mientras que, si estamos ante una obligación de origen extracontractual, los preceptos que resultan aplicables son los que se extienden desde el 1902 hasta el 1910 del mismo texto normativo. De este modo, considerar la relación que surge entre el paciente y su médico como contractual o extracontractual tiene repercusión en los siguientes aspectos.

Primeramente, el plazo de prescripción para exigir la reparación de un daño derivado de un incumplimiento del contrato, o de un cumplimiento tardío del mismo, es de 5 años, tal y como dispone el artículo 1964 en su apartado segundo. Por el contrario, si lo que se pretende es el resarcimiento de un perjuicio que tiene su origen en una relación extracontractual, el plazo se reduce, *ex* artículo 1968, al periodo de 1 año. Tal y como señalan algunos autores¹⁸, esta notable distinción hace que se intente dotar de naturaleza contractual a relaciones que no lo son, aprovechándose así de un plazo de actuación mayor.

En segundo lugar, mientras que para la reparación del daño contractual es competente el juez del lugar del domicilio del demandado o, alternativamente, el lugar del cumplimiento de la obligación; para el resarcimiento del daño extracontractual, aunque sigue siendo competente el juez del domicilio del demandado, también lo es el juez del lugar de producción del daño¹⁹. No obstante, en la práctica y a la luz de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, las diferencias entre ambas competencias territoriales parecen diluirse ya que lo habitual es que el lugar de cumplimiento de la obligación y el lugar de producción del daño sea el mismo.

Igualmente, tal y como veremos más adelante, en las relaciones extracontractuales, para que los daños producidos por hechos ajenos sean asumidos por

¹⁸ JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N. *Los procesos por responsabilidad civil-médico sanitaria*. Tecnos, Málaga, 2011, p. 41.

¹⁹ NIKOLAEVA GEORGIEVA, K. *Competencia territorial y responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia del TS*. Sepín, 2019. Recuperado de <https://blog.sepin.es/2019/03/competencia-territorial-responsabilidad-extracontractual-ts/>.

el profesional o, en su caso, por la clínica o entidad aseguradora de que se trate, es necesario que haya existido culpa. Contrariamente, si la relación es contractual, el profesional o las entidades correspondientes responderán con independencia de la diligencia de los auxiliares o dependientes en su cumplimiento²⁰.

Para concluir, surge la problemática de qué sucede cuando concurren tanto una responsabilidad contractual como una aquiliana entre las mismas partes que han formalizado el contrato²¹. Esto es, cuando el perjuicio tiene su origen en el incumplimiento de una obligación que queda al margen del ámbito de aplicación del contrato²². En estos casos, es necesario determinar qué conjunto de normas se aplicarán al supuesto concreto, las de la responsabilidad contractual o las de la extracontractual. Para clarificar esta cuestión, las principales teorías que se han propuesto para resolver los supuestos de concurso entre responsabilidad contractual y extracontractual son las siguientes²³.

La primera teoría es la de la no acumulación, según la cual no cabe la superposición de ambos sistemas de responsabilidad civil. Para los autores que siguen esta corriente, ambos sistemas de responsabilidad se excluyen mutuamente puesto que es del todo contrario a nuestro sistema de responsabilidad civil solicitar dos indemnizaciones por el mismo hecho dañoso. En el improbable caso de darse dicha superposición, debe prevalecer el régimen de responsabilidad contractual por ser un régimen más específico que el de la responsabilidad extracontractual.

Otra teoría, conocida como la de la unidad de la culpa civil o de concurso de normas, defiende que el demandante no tiene que entrar a calificar jurídicamente los hechos, sino que basta con que exponga los hechos sucedidos y solicite la indemnización correspondiente, delegando en el tribunal el deber de decidir que bloque normativo aplicar. Por tanto, en esta teoría cobra una relevancia especial el principio *iura novit curia*, al ser el juez el encargado de decidir qué régimen resulta aplicable. Consecuentemente, los partidarios de esta doctrina manifiestan que existe una única acción, pero dos regímenes diferentes.

Una tercera teoría, quizá la más admitida actualmente, es aquella que considera posible que un mismo hecho dañoso implique, simultáneamente, el incumplimiento de

²⁰ MONTERROSO CASADO, E. op. cit., p. 3-4. De este modo, la autora, al referirse a la responsabilidad surgida de un incumplimiento contractual, afirma que “se podría asimilar a una responsabilidad objetiva ya que el empresario responde por el incumplimiento, con independencia de que sus trabajadores hayan actuado o no negligentemente”.

²¹ Con esto no nos estamos refiriendo a aquellos supuestos en que surge una dualidad de relaciones, tanto contractual como extracontractual, entre diferentes sujetos, en cuyo caso habrá que ejercer la acción correspondiente frente a quien corresponda siguiendo los criterios vistos en los epígrafes 3.2.1, 3.2.2 y 3.2.3. No es raro que ambos supuestos se confundan, así, la STS de 14 de septiembre de 2015 (ROJ STS 3753/2015) diferencia lo que sería una concurrencia de responsabilidades entre las mismas partes, de un concurso de acciones, contractual y extracontractual, frente al médico por un lado, y frente a la clínica por otro.

²² JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N. op. cit., p. 42.

²³ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., pp. 43-62.

una obligación contractual y de otra que no se circunscribe a la órbita del contrato o del deber general de no causar daño a otro. Los defensores de esta postura sostienen la posibilidad de que sea el propio perjudicado, en virtud de los principios *alterum non laedere* y *favor victimae*, el que opte por fundar su reclamación en un campo de responsabilidad u otro, en función de cuál le resulta más favorable²⁴. Esta corriente, al igual que la anterior, defiende la existencia de un concepto de culpa unitario²⁵. De esta forma, la jurisprudencia defiende la existencia de una culpa unitaria. Parece ser que esta es la corriente que siguen mayoritariamente los tribunales cuando se ha ocasionado una lesión a la vida o a la integridad física y el daño puede encuadrarse tanto en el sistema de la responsabilidad contractual como en el de la extracontractual.

3.2. Obligación de medios o de resultado

Es por todos conocida la clasificación de las obligaciones en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. Y aunque en la mayoría de los casos, la obligación del médico para con el paciente se configura como una obligación de hacer, a veces, también nos encontramos con las de no hacer, o, incluso, con las de dar. Sin embargo, en este estudio nos centraremos en las primeras.

Igualmente, las obligaciones de hacer, en lo que a nosotros nos interesa, pueden ser de medios o de resultado. La determinación de la relación médico-paciente como una u otra tiene consecuencias que, desde el punto de vista sustantivo, pueden ser igual o, incluso, más importantes que el carácter contractual o extracontractual de la misma.

Cuando hablamos de obligaciones de resultado, el deudor –en nuestro caso, el médico– se compromete a proporcionar al acreedor –el paciente– un resultado preciso. En cambio, si nos referimos a obligaciones de medios, el deudor tan solo se compromete “a emplear los medios apropiados en la realización de una tarea, de modo que el acreedor pueda conseguir el resultado deseado que le llevó a contratar”, sin que el resultado esté garantizado²⁶. Mientras que las obligaciones mencionadas en primer lugar se recogen en un contrato de obra, las segundas, son las propias de un contrato de arrendamiento de servicios.

²⁴ Es la llamada teoría de yuxtaposición de responsabilidades recogida en diversos pronunciamientos judiciales. Entre ellos, las SSTs de 6 de octubre de 1992 (ROJ STS 7542/1992), de 14 de febrero de 1994 (ROJ 842/1994), de 6 de mayo de 1998 (ROJ STS 2889/1998) y de 27 de mayo de 2009 (ROJ STS 3292/2009): “en los supuestos de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación y violación del deber general de no causar daño a otro, junto con los límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual en caso de coexistencia o conjunción con responsabilidad aquiliana, acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra o incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que mas se acomodan a ello”.

²⁵ MONTERROSO CASADO, E. op. cit., p. 9-10.

²⁶ BLANCO PÉREZ-RUBIO L. “Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?”. *Cuadernos de derecho transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 2, pp. 51-52.

Resulta necesario matizar que la distinción entre obligaciones de medios o de resultado se circunscribe al ámbito contractual. Esta clasificación encuentra su origen en la existencia de una obligación previa, elemento que, por definición, no aparece en las relaciones extracontractuales. Ello sin perjuicio del deber general de no causar daño al otro, que se mantiene tanto para las relaciones contractuales como para las aquilianas²⁷.

Son prácticamente unánimes la doctrina y la jurisprudencia²⁸ al considerar la relación médico-paciente como una obligación de medios o, como dicen algunos autores, una obligación de prudencia y diligencia, frente a las conocidas como obligaciones de resultado o determinadas²⁹. LLAMAS POMBO³⁰ se refiere así a que “la actividad médica genera obligaciones de medios y no de resultado, pues el médico no está obligado a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y la denominada *lex artis ad hoc*”. Esta concepción se debe a la incertidumbre que conlleva toda actividad médica, y que, debido a la complejidad del cuerpo humano y a la inevitable intervención de agentes externos a la propia actividad médica, seguirá existiendo por más que avance la medicina.

No obstante, la simple clasificación de las actuaciones médicas en obligaciones de medios o de resultados no se ajusta a la realidad, puesto que hay gran cantidad de circunstancias que abren un amplio abanico de situaciones intermedias; por ejemplo, no es lo mismo acudir a un especialista que a un médico de familia ya que los medios de los que disponen uno y otro son diferentes y, por tanto, las responsabilidades que, en su caso, pueden exigírseles.

A modo de conclusión, rescato las palabras de MONTERROSO CASADO³¹: “la doctrina jurisprudencial viene recogiendo que nos encontramos ante una obligación de medios: suministrar todos los cuidados necesarios al paciente en consonancia con el estado de la ciencia y de la denominada «*lex artis ad hoc*» ya que, lo contrario, sería

²⁷ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., pp. 67-68.

²⁸ En este sentido las SSTs de 20 de febrero (ROJ STS 12633/1992) y de 4 de noviembre de 1992 (ROJ STS 8197/1992) y de 20 de noviembre de 2009 (ROJ STS 6873/2009): “La responsabilidad del profesional médico es, por tanto, de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTs 12 de marzo 2008; 30 de junio 2009)”.

²⁹ MONTERROSO CASADO, E. op. cit., p. 5.

³⁰ LLAMAS POMBO, E. op. cit., p. 8.

³¹ MONTERROSO CASADO, E. op. cit., p. 6.

prescindir de la idea subjetiva de culpa. No obstante, también indica nuestro alto tribunal que la naturaleza de esta obligación no se resuelve en respuestas absolutas, dado que las singularidades del supuesto influirán en la moderación de las consecuencias”.

A pesar de la imposibilidad de establecer una delimitada clasificación, doctrina y jurisprudencia recurren a la distinción entre medicina curativa, necesaria o asistencial y medicina satisfactiva o voluntaria para determinar cuándo la actuación del facultativo debe enfocarse en la consecución de un resultado o cuando, simplemente, debe limitarse a emplear los medios adecuados a su alcance para lograr un objetivo. La primera es la que trata de dar respuesta a una determinada patología para mantener la vida o la buena salud del paciente, mientras que la segunda está dirigida a la transformación satisfactoria del propio aspecto físico, sin que exista una previa dolencia patológica³². A modo de anticipo, cuando el paciente se somete a un proceso de medicina curativa no podrá exigirle al profesional más que la correcta diligencia de acuerdo a la *lex artis*; en cambio, si el tratamiento se considera como de medicina satisfactiva, las exigencias que tendrá que soportar el médico serán mayores, tanto en lo que se refiere a su actuación, como a la entrega de información al paciente.

3.2.1. Medicina curativa, necesaria o asistencial.

MUNAR BERNAT³³ define este tipo de medicina como “aquellas intervenciones de los facultativos que tienen por finalidad que el paciente recupere la salud que se ha visto deteriorada por la concurrencia de una enfermedad”. En estos casos, lo que se pretende es alcanzar el mejor resultado posible, pero el mismo nunca está garantizado. Ello ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a sostener de forma prácticamente unánime que, en el caso de la medicina asistencial, la obligación contractual asumida por el médico es una obligación de medios y no de resultado. Una concepción contraria solo podría mantenerse si obviáramos el carácter inexacto de la medicina, la influencia del propio estado y evolución del enfermo y todas las posibles complicaciones extrañas al acto del facultativo³⁴.

Por ello, como venimos señalando, lo único que puede exigírsele al facultativo en este tipo de intervenciones, es el empleo de las técnicas apropiadas según el estado actual de la ciencia médica y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar concurrentes en cada caso³⁵.

³² SEIJAS QUINTANA, J. A. “Responsabilidad médica: nueva visión del Tribunal Supremo ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y resultados” en Mariano José Herrador Guardia (coord.), *Derecho de daños*. 2011, p. 291.

³³ MUNAR BERNAT, P. “Daños causados por actos médicos” en Eugenio Llamas Pombo (coord.), *Estudios de jurisprudencia sobre daños*. La ley, Madrid, 2006, p. 453.

³⁴ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., pp. 71-72.

³⁵ En este sentido la STS de 10 de mayo de 2005 (ROJ STS 2493/2005) dispone que “Por más perfecta que sea la asistencia médica que se haya prestado a un paciente, hay multitud de causas que pueden determinar que una intervención quirúrgica fracase, entre otras razones, porque se está actuando sobre un cuerpo vivo, cuya complejidad, y también fragilidad, es patente. El sentido común proclama, y la experiencia confirma, que pertenece a la naturaleza de las cosas la imposibilidad de garantizar el feliz resultado de una intervención quirúrgica (y, en general, de ningún acto médico). Y cuando decimos esto no estamos

3.2.2. Medicina satisfactiva o voluntaria.

La medicina satisfactiva es aquella a la que el interesado recurre, no con la finalidad de tratar una enfermedad –pues en estos casos no hay una patología previa–, sino con el claro objetivo de obtener otros beneficios que pasan por la modificación de su anatomía, ya sea para mejorar imperfecciones de corte estético o para modificar su capacidad reproductora³⁶.

Este tipo de intervenciones han experimentado en los últimos un incremento exponencial, con el consecuente aumento del número de reclamaciones en contra de los facultativos que las practican.

A menudo se asocia la medicina voluntaria, únicamente, con las operaciones de cirugía estética. Sin embargo, esta es mucho más amplia e incluye, entre otras³⁷:

- Operaciones de cirugía estética como el lifting, aumento de pecho, liposucción, etc. Los procedimientos diagnósticos y terapéuticos con finalidad estética, pero que derivan de un accidente, de una enfermedad o de una malformación congénita, siguen considerándose como intervenciones de medicina curativa³⁸.
- Tratamiento para alargamiento de piernas.
- Colocación de dispositivos anticonceptivos intrauterinos.
- Esterilización mediante vasectomía o ligadura de trompas.
- Implantes de piezas y prótesis dentales.
- Implante capilar y realización de implantes de colágeno y botox.
- Colocación de prótesis y aparatos ortopédicos.
- Operaciones menores como fimosis. Solo cuando se trate de una circuncisión ritual o meramente estética, ya que, si la operación obedece a un propósito curativo, dejará de tener la consideración de medicina satisfactiva.
- Actuaciones más burocráticas del facultativo como emisión de informes, dictámenes y certificados o realización de análisis clínicos.

Esta clasificación, lejos de ser exhaustiva, tiene una finalidad meramente ejemplificativa. De hecho, el debate por determinar qué intervenciones son propias de la medicina satisfactiva es incesante y las opiniones de los autores difieren en gran medida. Lo que sí es cierto es que hay numerosos factores que pueden convertir una operación,

refiriéndonos al caso de que el servicio haya funcionado mal, lo que, obviamente, entra dentro de lo previsible. Es que también puede ocurrir -y ocurre- que habiéndose respetado escrupulosamente las reglas de la *lex artis*, habiéndose actuado con arreglo a los protocolos establecidos, habiendo funcionado perfectamente el instrumental y demás medios materiales, y siendo diligente, eficaz y eficiente la actuación del equipo médico actuante, puede fracasar -total o parcialmente- el acto sanitario realizado”.

³⁶ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., p. 76.

³⁷ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., p. 77-78 y LLAMAS POMBO, E. op. cit., p. 7-9.

³⁸ MANJÓN RODRÍGUEZ, J. B. “Configuración jurídica y evolución jurisprudencial en la prestación de servicios de cirugía estética: información responsabilidad y publicidad”. *XXII Congreso Derecho y Salud*, 2013, vol. 23, p. 225.

aparentemente de medicina satisfactiva, en una de medicina curativa. Por ejemplo, si el cliente acude a realizarse una rinoplastia porque no está conforme con su nariz, estaríamos ante un supuesto de medicina satisfactiva; sin embargo, si esa misma intervención se realiza para corregir la desviación del tabique ocasionada por un accidente de tráfico, la actuación médica se encuadraría en la medicina curativa³⁹.

En los casos de medicina voluntaria, la calificación de la relación médico-paciente como de medios o de resultado dependerá del previo acuerdo al que hayan llegado las partes.

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia tampoco es pacífica. Hay quienes abogan porque, en estos casos, la obligación, como regla general, es de resultado⁴⁰; mientras que otros defienden que la obligación tiene que seguir siendo de medios⁴¹. Los partidarios de esta última propuesta sostienen, con gran acierto, que no es posible garantizar la infalibilidad del resultado, de modo que lo único exigible es el estricto cumplimiento de la *lex artis*⁴² y, si acaso, un nivel de diligencia superior al que se espera en los tratamientos e intervenciones de medicina curativa.

En mi opinión, para la configuración de las intervenciones de medicina curativa como obligaciones de medios o de resultado ha de estarse al caso concreto. Ello es así porque las expectativas de un resultado cierto, y consecuentemente el nivel de exigencia, varían en función de diversos factores: la cantidad de información recibida sobre riesgos y alternativas, la formación del facultativo, la complejidad de la intervención, el compromiso previo del profesional, la publicidad existente, etc.

Todo ello sin perjuicio del deber del facultativo de responder, al igual que si se tratara de medicina curativa, de todos los daños causados por él durante la intervención, al margen de la consecución o no del resultado pactado.

³⁹ En este sentido se pronuncia MONTERROSO CASADO, E. op. cit., p. 6: “Las singularidades y particularidades, por tanto, de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable y de la responsabilidad consiguiente”.

⁴⁰ En este sentido las SSTs de 26 de abril de 2007 (ROJ STS 2572/2007) y de 29 de octubre de 2004 (ROJ STS 6964/2004): “se ha insistido en que el contrato que vincula al médico y paciente es de prestación de servicios, ya que aquél no se obliga a la curación de éste, sino a prestar los servicios adecuados a tal fin, como obligación de actividad o de medios; sin embargo, también en la actuación médica se da el contrato de obra, con obligación de resultado, en casos de cirugía estética (ya lo dijo la antigua sentencia de 21 de marzo de 1950 y lo dicen las modernas de 28 de junio de 1997 y 22 de julio de 2003), de odontología (sentencias de 28 de junio de 1999 y 11 de diciembre de 2001) oftalmología (sentencia de 2 de noviembre de 1999) y asimismo, en la intervención de vasectomía, lo que ya apunta la sentencia de 11 de febrero de 1997”.

⁴¹ En este sentido las SSTs de 7 de mayo de 2014 (ROJ STS 1769/2014), de 3 de febrero de 2015 (ROJ STS 206/2015) y de 13 de abril de 2016 (ROJ STS 1639/2016).

⁴² PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., p. 79-81

3.2.3. Consecuencias prácticas de estar ante una obligación de medios o de resultado⁴³

En primer lugar, si el daño que se reclama proviene del incumplimiento de un contrato de arrendamiento de servicios, es decir, de una obligación de medios –lo que ocurre en los casos de medicina curativa y en algunos de medicina satisfactiva–, la responsabilidad civil encuentra su origen en la vulneración de los deberes de conducta comprendidos en la *lex artis* profesional. Por ende, el médico quedará exonerado de responsabilidad frente al paciente si cumple con la diligencia exigida en su profesión médica, aunque no se produzca el resultado esperado. Así lo recoge también el artículo 1544 del Código Civil cuando establece que el contrato de arrendamiento de servicios es un contrato de mera actividad. Ello implica que un resultado desfavorable –el fallecimiento de una persona, no lograr el resultado deseado, etc.– no significa, a priori, una actuación negligente ni que haya responsabilidad para el médico.

Sin embargo, si el perjuicio se debe a un incumplimiento de un contrato de obra, es decir, de una obligación de resultado –lo que es habitual en las intervenciones de medicina satisfactiva–, la responsabilidad civil surge, además de por haber causado algún daño por no respetar las normas de la *lex artis*, por no realizarse el resultado pactado ya que, en virtud del artículo 1544 del Código Civil, el contrato de obra implica la existencia de obligaciones recíprocas: el pago del precio por una parte, y la entrega del trabajo ejecutado por otra.

Esta distinción no es baladí puesto que, de estar en la segunda situación, se puede reclamar no solo por la vulneración de las normas de conducta exigidas al facultativo, sino también por la ejecución defectuosa de la obra, en cuyo caso será posible dirigirse contra el profesional para exigirle la reparación *in natura* (artículos 1091 y 1098 del Código Civil) o, subsidiariamente, el cumplimiento por equivalente.

De todas formas, el Tribunal Supremo ha matizado esta cuestión y desde la sentencia de 20 de noviembre de 2009 (ROJ STS 6873/2009) –a la que se refieren las de 7 de mayo de 2014 (ROJ STS 1769/2014), de 3 de febrero de 2015 (ROJ STS 206/2015) y de 13 de abril de 2016 (ROJ STS 1639/2016)– ofrece un tratamiento unitario a esta cuestión, poniendo fin, prácticamente por completo, a la tradicional disyuntiva entre medicina curativa y satisfactiva: "La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre

⁴³ MONTERROSO CASADO, E. op. cit., pp. 4-8.

personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas”. Aún así, el propio tribunal deja abierta la posibilidad de que, en determinadas ocasiones, se aprecie la existencia de una obligación de resultado: “es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico al paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida”.

Por lo tanto, de la actual posición de nuestro alto tribunal lo que se puede extraer es que la relación médico-paciente siempre será una obligación de medios, salvo en los casos en que el resultado se haya pactado o garantizado previamente, y sin importar la distinción entre medicina curativa y satisfactiva –sin olvidar que es en esta última cuando el acuerdo de voluntades es más habitual–.

Para concluir y en relación con lo que más adelante se expondrá, quizá la postura más acertada sea aquella que propugna, en los casos de medicina facultativa, la existencia de una obligación de medios acentuada. Esto es, sin que sea posible garantizar un resultado cierto debido a todos los componentes aleatorios que pueden darse en cualquier intervención médica, sí se ha de asegurar una cierta garantía en la actuación médica, basada principalmente en el más escrupuloso cumplimiento de las normas de la *lex artis*, y en la entrega de una información rigurosa y exhaustiva sobre todos los riesgos y posibles alternativas⁴⁴.

4. SISTEMA DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Como ya hemos visto, el facultativo que genera un daño en el paciente por incumplir los deberes de conducta que la *lex artis* de su profesión estipula incurre en una responsabilidad civil. Dicha responsabilidad puede ser contractual o extracontractual, puede encontrar su origen en un contrato de obra o, generalmente, en uno de arrendamiento de servicios (*vid. supra*) y puede ser directa por un acto propio o derivada de los hechos ajenos.

4.1. Lex Artis

El diccionario de español jurídico de la Real Academia Española define la *lex artis* como el “conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio”.

⁴⁴ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., p. 83-84.

Esta locución latina se convierte así en un concepto fundamental al ser el “criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico”⁴⁵.

Siendo la medicina una ciencia inexacta, en la que hay multitud de factores a tener en cuenta, la jurisprudencia ha matizado esta figura, creando lo que se conoce como *lex artis ad hoc*. Esta precisión alude a la diligencia que se exige al acto médico en cada caso concreto, atendiendo, entre otros, a la especialización del autor, a la complejidad de la intervención y a la transcendencia vital para el paciente⁴⁶. De este modo, las reglas técnicas que se recogen en la normativa colegial existente y en los protocolos y guías clínicas suponen un criterio orientador en la actuación del médico, pero su cumplimiento no es sinónimo de exclusión de la responsabilidad del médico, puesto que se ha de estar a las circunstancias del caso concreto.

En consecuencia, determinar si se ha actuado conforme a la *lex artis*, y en especial a la *lex artis ad hoc*, se erige como la cuestión fundamental a dilucidar para la eventual declaración de responsabilidad que corresponda.

Dicho con otras palabras, si el médico en su actuación ha respetado todos los estándares exigidos por la *lex artis ad hoc* no se le podrá imputar ningún tipo de responsabilidad. Ello sin perjuicio de la posible reclamación en los escasos supuestos en que se haya pactado un resultado que, finalmente, no se ha alcanzado.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que la *lex artis* ha de conciliarse con la libertad de método que tiene todo profesional ya que, tal como ha señalado el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de marzo de 2005 (ROJ STS 1569/2005), la medicina no presenta un único método, pues frecuentemente existen métodos diversos que, pese a no ser de uso generalizado, pueden ser igualmente utilizados, si en el caso concreto se considera que pueden ser más eficaces; de hecho, es el saber discrepante el que abre nuevos caminos a la ciencia y a su aplicación.

Aun así, existe toda una diversidad de instrumentos tendentes a reducir la incertidumbre en la toma de decisiones médicas⁴⁷:

⁴⁵ STS de 18 de diciembre de 2006 (ROJ STS 7801/2006).

⁴⁶ En este sentido la STS de 23 de mayo de 2006 (ROJ STS 3680/2006): “la *lex artis ad hoc* no sólo comporta el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias” y la STS de 23 de septiembre de 2004 (ROJ STS 5904/2004): “*lex artis ad hoc*, que no significa otra cosa que los criterios médicos a tomar han de ceñirse a los que se estimen correctos, siempre con base a la “libertad clínica” y a la prudencia, en otras palabras, como dice la sentencia de esta Sala de 25 de abril de 1994 que la *lex artis ad hoc* es tomar en consideración el caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del actor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo- o exógenos -la influencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica médica normal requerida”.

⁴⁷ MORILLAS CUEVA, L. *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Madrid, Dykinson, 2014, p. 479.

- Guías de práctica clínica: el conjunto de recomendaciones desarrolladas de manera sistemática para ayudar a los clínicos y a los pacientes en el proceso de toma de decisiones, sobre cuales son las intervenciones más adecuadas para resolver un problema clínico en unas circunstancias sanitarias específicas.
- Protocolos: documentos que señalan los pasos a seguir, convenidos entre los interesados ante un problema asistencial, de forma bastante normativa, con gran nivel de detalle y sin presentar alternativas.
- Vías clínicas: instrumentos elaborados con el objetivo de establecer las distintas directrices que deben seguirse para operativizar las actuaciones ante situaciones clínicas determinadas en pacientes que presentan patologías con curso clínico predecible.

4.2. El consentimiento informado

Como ya se apuntaba en la introducción, la pasividad y el conformismo del paciente que se ponía en manos del médico depositando en él plena confianza, ha dejado paso a una postura mucho más activa. El paciente del siglo XXI quiere entender qué le ocurre, conocer a qué tratamientos o intervenciones se le van a someter y cuáles serán los resultados previsibles. La forma que se ha consolidado desde finales del siglo pasado para satisfacer esos intereses del paciente ha sido la del consentimiento informado⁴⁸.

Aunque la verdadera definición de consentimiento informado sería “el proceso dinámico y revocable, mediante el cual, a partir de una información preliminar y mantenida, un médico y un paciente resuelven sus dudas de la forma más completa y sencilla posible, para tomar una decisión sobre la realización de un procedimiento diagnóstico o terapéutico”⁴⁹, en la gran mayoría de casos se asocia con la firma de documentos que recogen, con mayor o menor detalle, las contingencias que se pueden dar en cualquier intervención médica.

Es este uno de los pocos ámbitos de la *praxis* médica donde, además de los correspondientes Códigos de Ética y Deontología Médica, encontramos una regulación legal: a nivel nacional encontramos la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y toda la legislación autonómica con competencia en este ámbito; y a nivel comunitario, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los

⁴⁸ SÁNCHEZ GÓMEZ, A. “La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2014, núm. 8, p. 1.

⁴⁹ ALDAGUER, M. Y COS, E. “Hablemos de... consentimiento informado”. *GH Continuada*, 2003, vol. 2, núm. 2, p. 50. En este sentido las SSTs de 15 de noviembre de 2006 (ROJ STS 6788/2006) y de 11 de abril de 2013 (ROJ STS 2069/2013): “Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente (...) para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas. Es, en definitiva, una información básica y personalizada, en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención”.

derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina –también conocido como el Convenio de Oviedo suscrito el 4 de abril de 1997, con entrada en vigor en nuestro ordenamiento el 1 de enero del 2000–.

En cuanto a las características del consentimiento informado podemos decir lo siguiente. En primer lugar, encuentra su origen en la autonomía y dignidad personal, hasta el punto de que el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia de 28 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TC:2011:37), afirmó que el consentimiento informado, lejos de ser un mero trámite, se convierte en un mecanismo de garantía del derecho fundamental de la integridad física y moral. Respecto a la forma, aunque la regla general es que se preste de forma verbal (artículo 8.2 ley 41/2002), la tendencia actual es que se recoja por escrito, para poder probar su existencia en caso de que sea necesario. Asimismo, fuera de los casos de urgencia o incapacidad, es personalísimo⁵⁰. Además, siempre será revocable.

El consentimiento informado es importante por dos cuestiones: de una parte, implica la entrega de toda la información pertinente que permite al paciente otorgar su aquiescencia de forma consciente y libre y, de otra, modula la responsabilidad del profesional por los eventuales daños.

4.2.1. La información sanitaria.

La obligación de ofrecer la información sanitaria pertinente se configura tanto como un deber para el facultativo, como un derecho para el paciente (artículos 4 y 5 de la Ley 41/2002).

Así, tienen derecho a recibir dicha información tanto el paciente, como las personas vinculadas a éste por razones familiares o de hecho siempre que lo permita o cuando su estado físico o psíquico le impida entender la información. Del mismo modo, son acreedores de esa información los representantes legales en caso de incapacidad.

En cuanto a los sujetos obligados a suministrarla, la ley es explícita al señalar al médico responsable del paciente y, en su caso, a todos los demás profesionales que atiendan al paciente durante el proceso o le apliquen una técnica o procedimiento concreto⁵¹; por lo tanto, no cabe delegar este deber en un ayudante técnico sanitario o en un auxiliar de clínica⁵², sin perjuicio de la obligación de estos de ofrecer la información sanitaria correspondiente a la actuación que, en su caso, les corresponda practicar. Con todo, no resulta fácil determinar quién asume el papel de médico responsable, y más en

⁵⁰ En este sentido la STS de 24 de mayo de 1995 (ROJ STS 2912/1995): “el aludido consentimiento es de índole personal y no puede ser suplido por el prestado por un familiar íntimo, ni siquiera por el cónyuge del interesado, a no ser la concurrencia de las repetidas circunstancias”. El artículo 9.3 de la ley 41/2002 recoge los supuestos en que se admite el consentimiento por representación.

⁵¹ SÁNCHEZ GÓMEZ, A. op. cit., p. 3.

⁵² En este sentido la STS de 23 de octubre de 2015 (ROJ STS 4289/2015): “es el médico responsable del paciente quien garantiza al paciente el cumplimiento de su derecho a la información, según el artículo 4.3 de la Ley 41/2002, es decir, el profesional que procura que este reciba información suficiente acerca del procedimiento médico al que se va a someter o el que debe practicar la actuación en el ámbito de la salud del paciente”.

equipos multidisciplinarios o en los que intervienen diferentes niveles asistenciales, pues la Ley 41/2002 da una redacción muy escueta sobre el mismo en su artículo 3. Por ello, parece necesario remitirse a otras normas como el Código Ético de la Organización Médica Colegial o la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias para concluir que no solo serán responsables los profesionales intervinientes, sino también las organizaciones para las que trabajan⁵³.

La forma habitual de entregar dicha información es verbal y, así debe ser, puesto que será más fácil que el paciente comprenda los detalles de la intervención que se llevará a cabo si son explicados de viva voz por parte del profesional. Sin embargo, a meros efectos probatorios, el sistema sanitario ha optado por ofrecer también esta información por escrito.

La información, tal y como dispone la ley 41/2002, tiene que ser verdadera, comprensible y adecuada a las necesidades del paciente. Ello implica que, en los casos de un diagnóstico fatal, el facultativo deba matizar los datos para hacerlos soportables, es decir, sin falsear la información ha de comunicar una “verdad soportable”⁵⁴.

Esta información deberá contener, como mínimo, el diagnóstico de la enfermedad o lesión, la finalidad y naturaleza de cada intervención, los riesgos y sus consecuencias. A su vez, el artículo 10 de la ley 41/2002 precisa la información básica que se ha entregar al paciente antes de recabar su consentimiento por escrito: consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; contraindicaciones. En su apartado segundo, el mismo precepto señala, como clausula general, que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención, más necesario resulta el previo consentimiento escrito del paciente.

Sin embargo, la cantidad y el detalle de información exigida variará en función de si estamos ante intervenciones de medicina curativa o de medicina satisfactiva, así como del carácter más o menos invasivo de la intervención.

En este sentido, es necesario retomar lo dicho anteriormente sobre esa suerte de obligación de medios acentuada que es la relación que se suele constituir cuando estamos ante casos de medicina satisfactiva. Debido a que la decisión de someterse a un tratamiento de medicina voluntaria se debe única y exclusivamente al deseo de realizar una transformación física, sin que dicha decisión se vea influenciada por la necesidad o premura de poner fin o paliar alguna dolencia o enfermedad, es necesario que el paciente tenga una información suficientemente detallada para sopesar si, realmente, le conviene

⁵³ GARCÍA MILLÁN, A. “La información al paciente como pieza clave de la calidad asistencial”. *Revista clínica de medicina de familia*, 2009, vol. 2, núm. 6.

⁵⁴ SÁNCHEZ GÓMEZ, A. op. cit., p. 4.

o no someterse a dicha intervención⁵⁵. Por el contrario, en los casos de medicina curativa la información entregada no tendrá que ser tan exhaustiva puesto que, muchas veces, al paciente no le quedará más remedio que someterse al tratamiento de que se trate, confiando en que mejore su situación actual⁵⁶.

En todo caso, la información que se entregue no puede ser abrumadora, ya que convertiría la atención clínica en desmesurada y en un padecimiento innecesario para el paciente. En consonancia con esto, es necesario interpretar de forma razonable y equilibrada la obligación de entregar la información⁵⁷. Algo similar ocurre con el estado de necesidad terapéutica que es aquel que limita el derecho a suministrar información a los pacientes cuando razones objetivas indiquen que el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave, en estos casos se dejará constancia de las causas que llevan a tomar dicha decisión en la historia clínica y se comunicarán a las personas relacionadas con el paciente por razones familiares o de hecho⁵⁸.

4.2.2. El consentimiento informado y la responsabilidad del médico.

Sin perjuicio de los supuestos recogidos en el artículo 9.2 de la ley 41/2002⁵⁹, en los que no será necesario –o, más bien, no será posible– recabar el consentimiento previo

⁵⁵ SSTs de 21 de octubre de 2005 (ROJ STS 6400/2005), de 4 de octubre de 2006 (ROJ STS 5695/2006), de 29 de junio de 2007 (ROJ STS 4472/2007), de 20 de enero de 2011 (ROJ STS 229/2011): “La información que se proporciona al paciente antes de la intervención, y el correlativo consentimiento por parte de este, es un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica, y se hace especialmente exigente en intervenciones médicas no necesarias, en las que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma”. No obstante, el hecho de que en la medicina satisfactiva se considere a la persona como cliente, y no como paciente debido a la ausencia de padecimiento, genera una situación paradójica: a pesar del deber de ofrecerle una información más exhaustiva, el riesgo de incumplir dicha obligación es mayor que en la medicina curativa, pues los intereses económicos de quien debe cumplirla se verían truncados si el cliente rechazara la intervención tras conocer todos los riesgos a los que se expondría. Por ello, la única solución para que los profesionales cumplan el deber reforzado de suministrar información en las intervenciones de medicina voluntaria, y evitar los intereses mercantilistas que puedan albergar, es garantizar dicha obligación por todos los medios posibles. Para ello contamos con la Ley 41/2002 y con toda la legislación autonómica que la desarrolla, con todos los protocolos y guías aprobados por las administraciones públicas, con las resoluciones de jueces y magistrados que son unánimes en este sentido y con todos los textos y códigos deontológicos que siempre contienen disposiciones al respecto.

⁵⁶ En este sentido la STS de 11 de abril de 2013 (ROJ STS 2069/2013): “una actuación médica de carácter curativo y urgente en el que, a diferencia de la medicina voluntaria o satisfactiva, no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (STS 23 de octubre de 2008 , y las que en ella se citan)”.

⁵⁷ SANGÜESA CABEZUDO, A. M. *Autonomía del paciente. Consentimiento informado*. LEFEBVRE, 2012. Recuperado de <https://elderecho.com/autonomia-del-paciente-consentimiento-informado>.

⁵⁸ En este sentido la SAP de Asturias de 11 de marzo de 1998 (ROJ SAP 452/1998): “tal información pudiera haber sido ocultada al propio enfermo, en este caso al actor, a petición de sus familiares, debido a las relaciones de conocimiento previo, por amistades comunes, que existían entre éstos y el médico codemandado, reconocidas por el actor al absolver la posición primera de contrario formulada (F.203) y cuya ocultación se presenta como humanamente explicable y no incide en violación alguna del citado deber de información”.

⁵⁹ GALÁN CORTÉS, J. C. op. cit., pp. 7-8: riesgo para la salud pública y situaciones de urgencia. El ejemplo prototípico de esto último es la necesidad de intervención en casos de ictus puesto que la dilación de intervención conlleva daños neurológicos irreversibles.

del paciente, la materialización de un riesgo del que no se informó y, por tanto, sobre el que no se pudo consentir, suele determinar la responsabilidad del profesional⁶⁰.

De hecho, los numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto, tanto en medicina curativa⁶¹ como en medicina satisfactiva⁶², nos permiten hacernos una idea de lo casuística que es esta materia.

Sin embargo, el médico estará exonerado de responsabilidad cuando la concreción del riesgo se considere como un caso fortuito o de fuerza mayor, *ex* artículo 1105 del Código Civil. Esto es así porque los riesgos de los que hay que informar, más o menos graves, serán siempre los previsibles y frecuentes. Respecto de los riesgos infrecuentes, solo es necesario informar de ellos en intervenciones de medicina satisfactiva, siempre y cuando sean graves⁶³. En la práctica, para clarificar esta cuestión, los consentimientos informados que se firman suelen establecer una clasificación más detallada: riesgos generales y específicos del procedimiento, riesgos en función del paciente o de otras circunstancias, riesgos frecuentes y poco frecuentes, efectos secundarios, contraindicaciones, etc.

Tampoco generará responsabilidad para el médico el consentimiento informado inexistente o incompleto cuando el riesgo no referenciado no llegue a materializarse⁶⁴. Asimismo, no habrá responsabilidad, al menos por este motivo, cuando sí se materialice un resultado dañoso, pero carezca de relación de causalidad con la falta de información⁶⁵.

Igualmente, el facultativo está exento de entregar información y, por tanto, de responsabilidad por este motivo, cuando sea el propio paciente quien renuncia a ser informado y lo hace constar por escrito –si bien la misma vendrá limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso⁶⁶–. Ahora bien, aún en estos casos, se ha recabar el consentimiento para la intervención⁶⁷.

⁶⁰ SÁNCHEZ GÓMEZ, A. op. cit., pp. 6-7.

⁶¹ SSTs de 16 de enero de 2012 (ROJ STS 279/2012), de 31 de mayo de 2011 (ROJ STS 3556/2011), de 30 de junio de 2009 (ROJ STS 4412/2009), de 19 de julio de 2007 (ROJ STS 5044/2007), de 23 de julio de 2003 (ROJ STS 5311/2003).

⁶² SSTs de 23 de octubre de 2008 (ROJ STS 5371/2008), de 2 de julio de 2002 (ROJ STS 4911/2002).

⁶³ ÁLVAREZ LAINZ, M. *Responsabilidad por daño sanitario*. Santander, 2020. Algunos autores proponen, para determinar si hay que informar del riesgo y con qué detalle hay que hacerlo, el criterio orientativo de la materialidad del riesgo, entendida esta como el valor que arroja la ponderación de la incidencia o frecuencia del riesgo y la gravedad del mismo.

⁶⁴ STS de 23 de octubre de 2008 (ROJ STS 5371/2008): “la denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil”.

⁶⁵ RUBIO TORRANO, E. “Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2012, núm. 3, p. 2.

⁶⁶ GALÁN CORTÉS, J. C. “Responsabilidad civil médica: consentimiento informado de adultos”. *Responsabilidad Civil Médica*, Civitas, 2016, p.6: el motivo de esta limitación es claramente perceptible en casos de enfermedades infectocontagiosas (VIH...) y en supuestos de diagnósticos genéticos en los que su conocimiento por los familiares puede resultar esencial para prevenir o diferir una futura enfermedad.

⁶⁷ SANGÜESA CABEZUDO, A. M. op. cit.

Además, no se considerará como consentimiento informado suficiente los documentos-tipo impresos que se entregan al paciente y que no recogen las circunstancias particulares de este ni de la intervención que se va a llevar a cabo⁶⁸. Por lo tanto, la responsabilidad imputable en estos casos es la misma que cuando se ha actuado sin previo consentimiento informado o, aun habiéndose formalizado, este era incompleto.

Como se puede comprobar la importancia del consentimiento informado es absoluta, puesto que la ausencia de información sobre un riesgo previsible y evitable que finalmente se ha producido, determinará la responsabilidad del facultativo, aun cuando hubiera actuado conforme a los estándares prescritos por la *lex artis ad hoc*⁶⁹.

4.3. Responsabilidad civil por hecho propio

La responsabilidad sanitaria civil exige, en síntesis, la concurrencia de tres elementos⁷⁰: a) el incumplimiento de las obligaciones por dolo, negligencia o retraso culpable; b) el resultado dañoso; c) la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

Para determinar si la conducta de un profesional sanitario genera responsabilidad por no ajustarse a la diligencia exigida por la *lex artis ad hoc* debe analizarse si existe culpa o negligencia. Sin embargo, ninguna norma define expresamente lo que se entiende por culpa en este ámbito. Por ello, para encontrar el contenido de la culpa como criterio

⁶⁸ SSTs de 15 de noviembre de 2006 (ROJ STS 6788/2006) y de 11 de abril de 2013 (ROJ STS 2069/2013): “Es razón por la que en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información (SSTs 27 de abril 2001; 29 de mayo 2003). Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas. Es, en definitiva, una información básica y personalizada, en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención”.

⁶⁹ MONTERROSO CASADO, E. op. cit., p. 14: “Debe tenerse en cuenta, por lo tanto, que la obligación de información que incumbe al médico es independiente de la obligación de desplegar una adecuada técnica en la intervención diagnóstica o terapéutica realizada. Nos encontramos ante dos obligaciones distintas: la de información y la de diligente intervención técnica, cuyo incumplimiento genera también distintas consecuencias en función de si se producen o no daños”. A este respecto se ha planteado el debate doctrinal de si la obligación de informar y de prestar el consentimiento informado se constituye como una obligación independiente o si forma parte de la *lex artis*. Aunque gran número de autores defienden lo primero, el Tribunal Supremo ha sido insistente en que el consentimiento informado es un elemento esencial de la *lex artis* [STS de 30 de junio de 2009 (ROJ STS 4412/2009): “La Jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica (SSTs de 2 de octubre de 1997; 29 de mayo y 23 de julio de 2003; 21 de diciembre 2005, entre otras). Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTs 25 de abril de 1994; 2 de octubre de 1997 y 24 de mayo de 1999) ”]. Lo cierto es que la discusión es meramente doctrinal y, a efectos prácticos, es indiferente puesto que, sobre lo que no hay duda, es que el consentimiento informado se ha constituido como una fuente de responsabilidad (SÁNCHEZ GÓMEZ, A. op. cit., p. 9.).

⁷⁰ PUEYO CALLEJA, F. J. “La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil contencioso-administrativa”. *Derecho y salud*, 2008, vol. 17.

de imputación de la responsabilidad, debemos acudir a lo que dispone el artículo 1104 del Código Civil: la culpa o negligencia consiste en la omisión de la diligencia que exige la naturaleza de la obligación y que se corresponde con las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar; si la obligación no precisa que diligencia ha de prestarse, se estará a la que corresponde a un buen padre de familia.

La jurisprudencia ha ampliado este concepto de culpa para exigir del médico la máxima diligencia posible para evitar el resultado dañoso⁷¹.

A pesar de la flexibilización del concepto de culpa en el ámbito médico, la jurisprudencia ha rechazado innumerables veces la aplicación de un sistema de responsabilidad objetivo, optando por la necesaria prueba de la culpa originada por la vulneración de la *lex artis ad hoc* o de la prestación incorrecta del consentimiento informado y de la relación de causalidad entre esa negligencia y el daño. Esto enlaza directamente con la configuración de la relación médico paciente como una obligación de medios, en la que debe estar garantizada la diligencia y la prudencia, pero no pudiendo exigir un resultado determinado, dado que en todo acto médico está presente un elemento aleatorio⁷².

El grado de diligencia que se exigirá al facultativo será el del profesional medio. Por consiguiente, el médico no será responsable de riesgos atípicos ni tampoco de los perjuicios derivados de una técnica válida y adecuada, aunque posteriormente se descubriera que otra alternativa habría ofrecido mejores resultados.

Por lo tanto, los títulos de imputación de culpa se deben al incumplimiento de los deberes básicos exigibles a los profesionales de la salud, ya sea el deber de asistencia médica, el de actuación médica o el de competencia profesional.

4.3.1. El deber de asistencia médica.

Cualquier médico, desde que jura como tal, asume la obligación de realizar todas aquellas prácticas que, según la *la lex artis ad hoc*, se consideren adecuadas para diagnosticar alguna dolencia del paciente, tratarlo en caso de que padezca alguna patología, o para mantener su vida en caso de que esta se hallase en peligro⁷³.

El deber de asistencia médica, se configura pues, como la obligación principal de todo facultativo. En este sentido se pronunció ya la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1998 (ROJ STS 3330/1998): “a la luz de la doctrina jurídica más generalizada, de los principios mas coherentes de la deontología médica y del sentido

⁷¹ SSTs de 16 de abril de 2007 (ROJ STS 4237/2007), de 27 de mayo de 2003 (ROJ STS 3602/2003), de 19 de enero de 2001 y de 16 de febrero (ROJ STS 10137/1995) y 22 de mayo de 1995 (ROJ STS 2851/1995): “La actividad de diagnosticar, como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateo de medios ni esfuerzos”.

⁷² SSTs de 25 de noviembre de 2010 (ROJ STS 6810/2010) y de 10 de diciembre de 1996 (ROJ STS 7092/1996).

⁷³ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., p. 113.

común humanitario, se puede deducir la existencia de un deber fundamental de asistencia médica a un paciente en estado grave, en cuanto derivado de una urgencia vital, de cuya omisión o negativa puede surgir una responsabilidad ya de tipo penal o de tipo civil”.

De esta forma, a pesar de la libertad del médico de contratar con quien él quiera, en ocasiones se verá obligado a asistir a determinadas personas, con independencia de las circunstancias, en razón de la protección del superior derecho a la vida o a la integridad psíquica y física de los sujetos que requieran de atención sanitaria.

Una actuación contraria a este deber –ya sea la negativa a asistir al paciente o hacerlo infringiendo las normas de la *lex artis ad hoc*– es determinante de responsabilidad civil para el médico. Eso sí, la responsabilidad no surgirá de forma automática pues habrá que atender a diversas circunstancias como la necesidad real de atención, los medios y la formación con los que contaba y, sobretodo, la relación de causalidad entre el acto médico y el perjuicio ocasionado⁷⁴.

4.3.2. El deber de actuación médica.

Junto con el deber de asistencia médica nos encontramos con el deber de actuación médica, que no es más que una concreción de aquel. La importancia del acto médico reside en que, para hablar de responsabilidad civil, es necesario un comportamiento humano que de alguna manera se pueda considerar como causa del daño, ya sea una completa falta de ejecución de lo que es debido o una ejecución defectuosa.

Como ya indicamos *supra* el acto médico puede responder a diferentes finalidades⁷⁵:

- De prevención cuando nos referimos a aquellos actos orientados a la adopción de precauciones necesarias para evitar la aparición de una enfermedad o patología.
- De diagnóstico si estamos ante actos cuya finalidad es determinar la naturaleza de la enfermedad sobrevenida al paciente.
- De prescripción cuando el acto consiste en suministrar un biológico, químico o natural que modificará las funciones biológicas y bioquímicas del organismo de una persona para alcanzar un resultado terapéutico.
- De tratamiento en aquellos casos en que el acto consiste en la ejecución de la acción idónea para el logro del acto médico en su conjunto.
- De rehabilitación si el acto pretende devolver a un órgano su antiguo y natural estado.

⁷⁴ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., p. 114-115.

⁷⁵ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., p. 119.

La consecución de cualquiera de estos actos sin respetar las precauciones exigidas por la *lex artis ad hoc* y que genere un daño en el paciente, dará lugar a responsabilidad por parte del médico que los ha practicado.

Del mismo modo, la no ejecución de un determinado acto médico, ya sea por no tomar medidas de seguridad, por no realizar pruebas decisivas, por no prescribir el medicamento idóneo, etc. también permitirá al paciente reclamar por los daños que dichas omisiones le hayan acarreado, siempre y cuando no se haya respetado la *lex artis ad hoc*.

4.3.3. El deber de competencia profesional.

Además de la exigencia de asistencia y de actuación del facultativo, a éste se le exige que su intervención sea competente en atención a los conocimientos propios de su especialidad y al estado actual de la ciencia.

Existe una presunción de competencia del facultativo por la mera posesión del título académico en medicina o en una especialidad. No obstante, dicha presunción puede destruirse si resulta probada la impericia debido a la falta de conocimientos desde el punto de vista clínico o científico. En consecuencia, se puede exigir responsabilidad por el daño ocasionado al paciente debido a la carencia de conocimientos que el profesional debería tener.

Es necesario advertir que la *lex artis ad hoc* no es algo inmutable, sino que varía por las peculiaridades de la medicina y por la situación concreta de cada paciente, lo que impone al profesional la obligación de reciclarse y mantener sus conocimientos actualizados, tanto en nuevas técnicas, como en medicamentos y procedimientos, para así dar la respuesta más oportuna en cada caso⁷⁶. De no ser así, y si se causa un daño por esa falta de formación, es perfectamente posible imputar responsabilidad al profesional.

Igualmente, cuando se habla del nivel de diligencia del profesional medio, no nos referimos a la medicina como un todo. Al contrario, dado el alto grado de especialización con que se desarrolla actualmente la ciencia médica, el nivel de diligencia exigido ha de analizarse dentro de cada especialidad, pues no tendría sentido exigirle el mismo actuar a un médico de familia que a un especialista.

En su vertiente negativa, el deber de competencia supone la exención de responsabilidad cuando al profesional se le presenta un caso que excede de sus capacidades o que se refiere a situaciones no estudiadas, no conocidas o imprevistas de la ciencia médica. Ello se debe a que la obligación de ejercer la actividad médica se circunscribe a los conocimientos que dicho profesional debería poseer objetivamente y al margen de libertad de actuación de cada profesional en función de las circunstancias concretas del caso. Eso sí, en caso de que un facultativo no sea competente para atender al paciente que le corresponde, se suscitará responsabilidad si no lo deriva al que sí lo sea, si había tenido posibilidad de hacerlo.

⁷⁶ MONTERROSO CASADO, E. op. cit., p. 12.

4.3.4. Negligencias médicas más habituales: el error de diagnóstico.

Tipos de errores más habituales	
Preventivos	Falla para proveer un tratamiento profiláctico. Seguimiento del tratamiento inadecuado.
De diagnóstico	Error o retardo en el diagnóstico. Falla en el uso de pruebas indicadas. Falla para actuar sobre los resultados ofrecidos por el monitoreo o la prueba. Uso de pruebas terapéuticas desactualizadas.
De prescripción	Error en el método o dosis de un medicamento.
De tratamiento	Cuidado inapropiado o no indicado. Error en la administración del tratamiento. Error en la realización de una cirugía, un procedimiento o una prueba. Retraso evitable en el tratamiento o en respuesta a una prueba anormal.
De rehabilitación	Falta de supervisión postoperatoria. Error en la prescripción del procedimiento rehabilitador adecuado.
Otros	Falla en el equipo o en otros sistemas. Falta de comunicación.

Tabla 1. Tipos de errores médicos más habituales⁷⁷.

La infracción de cualquiera de los deberes anteriores puede dar lugar a numerosos errores profesionales que, como ya hemos señalado, darán lugar a responsabilidad cuando se demuestre la incidencia de culpa o negligencia. Uno de ellos, por su habitualidad, requiere de una mención aparte: el error de diagnóstico.

El error de diagnóstico se define como cualquier falla o equivocación a la hora de identificar la dolencia que aqueja al paciente y que conlleva la identificación errónea, su

⁷⁷ ALVARADO-GUEVARA, A. T Y FLORES-SANDÍ, G. *Errores médicos*. Costa Rica, 2009, p. 17.

ausencia o su retraso⁷⁸. Para que nazca responsabilidad del daño causado por un error de diagnóstico es necesario que se deba a una actuación del profesional, ya sea una ignorancia inexcusable, una manifiesta negligencia o la falta de empleo de los medios técnicos oportunos por parte del profesional. Por lo tanto, los errores de diagnóstico que encuentran su origen en una sintomatología confusa, en el estado incipiente de la enfermedad o en cualquier otra circunstancia que, objetivamente, no pueda ser controlada por el médico, no darán lugar a responsabilidad alguna⁷⁹.

Para clarificar la cuestión cumple advertir que la doctrina suele distinguir entre error de diagnóstico excusable e inexcusable. Este último es el que se origina por una actuación negligente del facultativo, esto es, por comodidad, por ligereza, por falta de estudio, por carencia de exámenes, por falta de preparación técnica, entre otros múltiples factores⁸⁰. *A sensu contrario*, será excusable, y no generará responsabilidad, el error de diagnóstico que se produce aun cuando el facultativo ha empleado toda la diligencia debida⁸¹.

Por su parte, el diagnóstico apresurado, entendido como aquel realizado a la ligera y sin averiguar la real incidencia de los síntomas presentados por el paciente, no es más que un ejemplo de error de diagnóstico inexcusable puesto que en la medicina, como ya hemos visto, no cabe el “regateo de medios ni de esfuerzos”⁸².

En cuanto al diagnóstico tardío, esto es, el consistente en demorar injustificadamente el correcto dictamen del padecer del paciente, generará responsabilidad médica si se dan los requisitos ya vistos. Consecuentemente, no se podría reclamar al médico el daño ocasionado por un diagnóstico tardío cuando se deba a causas que escapen de su control –como podría ser la aparición de nuevas técnicas o descubrimientos científicos que permiten acertar el diagnóstico– o a la falta de colaboración del paciente⁸³.

⁷⁸ VÍTOLO, F. *Errores diagnósticos. Por qué se producen y pautas para evitarlos*. 2011, p. 1. Recuperado de http://www.noble-arp.com/src/img_up/24052011.5.pdf.

⁷⁹ MONTERROSO CASADO, E. op. cit., p. 13. y PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., p. 127.

⁸⁰ En este sentido resulta clarificador lo que afirma RIZZARDO, A. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, p. 327: “no tiene el médico prohibido errar. Ni siempre su error acarrea su responsabilidad. Pero no puede errar por culpa, esto es, por comodidad, por ligereza, por falta de estudio, por carencia de exámenes, por falta de preparación técnica, entre otros múltiples factores”.

⁸¹ En este sentido la STS de 6 de octubre de 2005 (ROJ STS 5943/2005): “no cabe apreciar la culpa en el facultativo en aquellos supuestos en que la confusión viene determinada por la ausencia de síntomas claros de la enfermedad, o cuando los mismos resultan enmascarados con otros más evidentes característicos de otra dolencia (STS de 10 de diciembre de 1996), y tampoco cuando quepa calificar el error de diagnóstico de disculpable o de apreciación (STS de 8 de abril de 1996)”.

⁸² SSTs de 16 de abril de 2007 (ROJ STS 4237/2007), de 27 de mayo de 2003 (ROJ STS 3602/2003), de 19 de enero de 2001 y de 16 de febrero (ROJ STS 10137/1995) y 22 de mayo de 1995 (ROJ STS 2851/1995).

⁸³ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., p. 131. En este sentido la STS de 15 de diciembre de 2004 (ROJ STS 8115/2004): “el alegato no se completó con la correspondiente prueba de que a Don Pedro Enrique se le hubiera aportado en algún momento dato clínico alguno de dicho padecimiento o se le hubiera comunicado de alguna manera, es decir, que tratándose de una enfermedad diagnosticada en centro médico distinto a aquél en que trabajaba la doctora, se privó a ésta de un dato tan importante para que pudiera decidir el alcance de la enfermedad, pues se le ocultó”.

En definitiva, el error diagnóstico no genera responsabilidad por sí solo, es la ausencia, insuficiencia o equivocación de los actos médicos llevados a cabo para realizar el diagnóstico —en resumen, no acordes a la *lex artis ad hoc*— lo que determina la responsabilidad del profesional que los ejecutó.

4.3.5. La responsabilidad por hecho propio de los centros sanitarios

No solo el profesional que interviene en el tratamiento del paciente puede ser responsable, también puede serlo el titular del centro sanitario en que se lleva a cabo dicha actuación. En este caso nos referimos a la responsabilidad que asume el centro sanitario por hechos propios, no por hechos ajenos, como veremos más adelante. En ocasiones, coincidirá el facultativo responsable y el titular del centro sanitario, pero en otras serán dos sujetos diferentes.

Una de las negligencias que más a menudo se imputan a los centros sanitarios es la falta de medios. En estos casos, se deben valorar los medios de los que dispone el centro sanitario en función de cual sea su configuración, pues no es lo mismo ser un hospital, que una clínica, que una consulta o que un centro especializado⁸⁴. De este modo, una actuación puede ser considerada negligente en un hospital perfectamente equipado, y a su vez adaptada a lo exigido por la *lex artis* si la intervención se ha llevado a cabo en un pequeño centro de salud. Ello no es óbice para la posible responsabilidad que podría surgir por no derivar al paciente a las instalaciones más oportunas para tratar su dolencia.

Además, será necesario atender a cada caso concreto para determinar si la ausencia de medios que ha ocasionado el daño es algo excusable. De este modo, la insuficiencia o la ausencia de medios para remediar complicaciones imprevisibles no debería generar responsabilidad médica pues estaríamos, de nuevo, ante ese componente aleatorio de la medicina⁸⁵.

Esta falta de medios suele concretarse, a menudo, en infecciones hospitalarias que se podrían haber evitado con las adecuadas medidas de asepsia⁸⁶.

Asimismo, otras actuaciones del centro médico que pueden llegar a generar responsabilidad son las faltas de organización o de coordinación, el fallo de controles, la insuficiente dotación de personal o el deterioro del mobiliario.

En todos estos casos, si se demuestra la relación de causalidad, se imputará responsabilidad al centro médico.

⁸⁴ MONTERROSO CASADO, E. op. cit., p. 20.

⁸⁵ ÁLVAREZ LAINZ, M. op. cit.

⁸⁶ En este sentido la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de abril de 2010 (ROJ STSJ 4698/2010): “debemos considerar que las prácticas hospitalarias que se le efectuaron al actor durante sus estancias hospitalarias, constituyen una importante fuente de transmisión de la hepatitis C”.

4.3.6. Otros deberes susceptibles de originar responsabilidad civil

Junto con los supuestos que acabamos de ver, hay otros tres deberes que deben satisfacer los profesionales de la salud: el secreto profesional, el deber de continuar con el tratamiento clínico y el deber de llevar en debida forma la historia clínica.

En primer lugar, el secreto profesional presenta una doble naturaleza: por un lado, es una clara manifestación del derecho a la intimidad del paciente, por otro, es un elemento esencial de la relación médico paciente, sin el cual, la confianza que la preside se vería perjudicada. Se recoge expresamente en el artículo 7 de la ley 41/2002.

Salvo en determinados casos en los que el secreto profesional puede verse limitado –como ocurre cuando es necesario para la protección de terceros, el interés de la justicia o el avance de la justicia–, su vulneración puede dar lugar al nacimiento de responsabilidad civil⁸⁷.

En cuanto al deber de continuar con el tratamiento clínico, aunque puede parecer una obviedad, puede plantear ciertos interrogantes. La situación difiere en función de si estamos ante una relación contractual o una extracontractual. En el primero de los casos el facultativo debe continuar con el tratamiento hasta el momento que disponga el contrato y, solo en caso de darse alguna causa de resolución del mismo, podrá anticipar ese momento. Si por el contrario se trata de una relación extracontractual, el médico deberá intervenir, como mínimo, hasta que se asegure o estabilice la salud y seguridad del paciente. En ambos casos, lo más relevante de esta obligación es la de asegurar que, cuando el profesional cese en el ejercicio de sus servicios, se garantice la correcta continuidad del tratamiento, aunque sea en manos de otro médico, para que el paciente no quede abandonado. Ello obligará, en no pocas ocasiones, a que el médico deba prolongar sus servicios más allá de lo que en un principio le correspondería y a actuar como nexo entre su antiguo paciente y el nuevo profesional que asumirá su caso. Por tanto, si el facultativo que está atendiendo a un sujeto cesa en la prestación de sus servicios antes de que legalmente pueda hacerlo, o haciéndolo en su debido momento no garantice, o lo haga de forma defectuosa, la seguridad del paciente y la continuidad del tratamiento, será responsable civilmente⁸⁸.

Por último, la obligación de llevar en forma debida la historia clínica está dejando de ser un requisito meramente formal y burocrático para convertirse en un elemento de gran transcendencia. Muestra de dicha importancia es que la ley 41/2002 le haya dedicado varios artículos –artículos 14 a 19– a su regulación. Ello es así porque, atendiendo al carácter complejo de la prestación de servicios médicos –tanto por la sofisticación de técnicas y procedimientos terapéuticos, como por la intervención de coordinada y multidisciplinar de múltiples profesionales–, la historia clínica se convierte en un instrumento que garantiza la correcta asistencia y actuación por parte de todos los sujetos

⁸⁷ En este sentido la STS de 4 de abril de 2001 (ROJ STS 2826/2001).

⁸⁸ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., pp. 205-206.

intervinientes⁸⁹ y asume un papel de vital importancia en materia probatoria. Es decir, la historia clínica, como “biografía patológica de la persona o transcripción de la relación médico paciente”⁹⁰, se convierte en un elemento útil para juzgar la conducta de los profesionales de la medicina a la luz de la *lex artis ad hoc* y para dilucidar si hay, o no, relación de causalidad entre dicha conducta y el eventual daño.

Sin embargo, el defectuoso cumplimiento por el médico de sus deberes de llevanza de la historia clínica solo podría generar responsabilidad cuando se pruebe una actuación culposa en quien debería cumplir tales deberes. Esto es, cuando en ella no aparezca, o lo haga de forma incorrecta, información relevante para llevar a cabo el acto médico oportuno⁹¹.

4.4. Responsabilidad civil por hecho ajeno

No solo el médico responde por sus propias actuaciones negligentes, ya se deban a la vulneración de la *lex artis* o al defectuoso consentimiento informado, sino que también puede ser responsable el centro sanitario donde dicho médico desempeña su profesión a través de la llamada responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno. Sin perjuicio de la posible responsabilidad del centro sanitario por hecho propio analizada anteriormente.

Por centro sanitario se entiende, según el artículo 2.1 del Real Decreto 1277/2003, “el conjunto organizado de medios técnicos e instalaciones en el que profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación profesional, realizan básicamente actividades sanitarias con el fin de mejorar la salud de las personas. Los centros sanitarios pueden estar integrados por uno o varios servicios sanitarios, que constituyen su oferta asistencial”.

La responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno aparece regulada en el artículo 1903 del Código Civil que establece, con carácter general, que “la obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder” y concreta en su apartado cuarto que son igualmente responsables “los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”; esta responsabilidad decae cuando el responsable pruebe que empleó la diligencia de un buen padre de familia, tal y como dispone el inciso último del mismo artículo. En nuestra materia implica que el centro sanitario responderá frente al perjudicado de los daños causados por sus empleados siempre y cuando no demuestre que ha actuado conforme al parámetro de una buena empresa o centro.

⁸⁹ Artículo 16.1 de la ley 41/2002: “La historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente”.

⁹⁰ Galán Cortés, J. C. *Responsabilidad civil médica*. Cizur Menor, Civitas, 2011, p. 218.

⁹¹ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. “La omisión de información en las historias clínicas en el ejercicio de la medicina privada como supuesto de responsabilidad por mala praxis médica”. *Cuaderno de medicina forense*, 2017, p. 110. En este sentido la STS de 10 de abril de 2014 (ROJ STS 1483/2014).

Esta extensión de responsabilidad supone una mayor garantía para el perjudicado puesto que podrá optar entre demandar al centro sanitario, al médico responsable o a ambos. En consecuencia, las posibilidades resarcitorias son mucho mayores puesto que no solo se podrá exigir al profesional responsabilidad, sino que será posible exigírsela también al centro médico a través del artículo 1903 o del 1101.

Esta responsabilidad del art. 1903.4 del Código Civil se aplica analógicamente a los casos en que el paciente contrata directamente con el centro sanitario y son los dependientes de este, con los que no había contratado, los que causan el daño. Estaríamos por tanto ante la responsabilidad civil contractual por hecho ajeno. No obstante, en el caso de que el paciente haya contratado exclusivamente con el facultativo, y este no desempeñe habitualmente sus servicios en el centro sanitario y tampoco medie ningún tipo de contrato con la clínica, ésta solo responderá por los daños que se le puedan imputar por hechos propios y no *ex* artículo 1903⁹².

No obstante, este sistema de responsabilidad tampoco es objetivo, sino que requiere de lo siguiente⁹³: a) que el facultativo actúe en el desempeño de sus funciones –a excepción del daño causado contraviniendo una prohibición expresa, en cuyo caso el centro sanitario está exento de responsabilidad–; b) que la actuación sea culposa o negligente; c) que dicha actuación culposa sea la causa del daño; d) que haya una relación de dependencia o jerarquía entre el médico y el centro sanitario, en sentido amplio y no necesariamente contractual; e) que la actuación del centro médico sea también culposa –de lo contrario estaríamos en la exención del último apartado del artículo 1903–.

La culpa del centro sanitario que requiere esta responsabilidad por hecho ajeno se refiere a la culpa *in vigilando* (culpa en la vigilancia) o *in eligendo* (culpa en la elección). Se trata de una culpa que nace de la infracción del especial deber de vigilancia o de cuidado en la selección que tendría el titular del centro sanitario sobre sus empleados ⁹⁴. Basar la responsabilidad del centro sanitario en este tipo de culpa no es baladí, puesto que supone la objetivización del sistema, al entender que hay responsabilidad por la mera elección de un empleado poco capacitado o por no haber vigilado a la persona que produjo el daño⁹⁵.

Hay que tener en cuenta que, a pesar de lo que pudiera pensarse, la responsabilidad *ex* artículo 1903 es una responsabilidad directa y no subsidiaria⁹⁶.

⁹² MONTERROSO CASADO, E. op. cit., p. 21.

⁹³ MONTERROSO CASADO, E. op. cit., p. 19.

⁹⁴ XIOL RÍOS, J. A. op. cit., p. 583.

⁹⁵ MONTERROSO CASADO, E. op. cit., p. 21.

⁹⁶ En este sentido la STS de 21 de junio de 2006 (ROJ STS 3715/2006): “La responsabilidad que impone el precepto dicho - artículo 1903-3- al empresario no es subsidiaria sino directa, al derivarse del incumplimiento de los deberes impuestos por las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otros y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos, como así ha venido declarándose de manera constante en la jurisprudencia de la Sala”.

4.5. Responsabilidad derivada de la aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

Otra vía de imputación de responsabilidad en el ámbito médico es el establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Esta norma resulta de aplicación pues ampara a los perjudicados por daños causados por productos defectuosos o por otros bienes y servicios. Esta categoría indefinida de servicios incluye los sanitarios puesto que se refiere a aquellos cuya naturaleza incluya necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad. Por si quedara alguna duda, esta norma somete expresamente al régimen de responsabilidad a los servicios sanitarios.

No obstante, el RDL 1/2007 no contiene un específico régimen de responsabilidad para los daños causados por servicios, sino que se limita a establecer sendos criterios de imputación de responsabilidad⁹⁷: por un lado, contempla en el artículo 147 la responsabilidad por culpa –muy similar al sistema establecido por responsabilidad contractual o extracontractual en el Código Civil– y, por otro, una responsabilidad objetiva que nace de la inobservancia de la exigencia de garantías de eficacia o seguridad y de controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad. Ambos preceptos son aplicables únicamente a servicios sanitarios privados, siempre y cuando el prestador de los mismos tenga la condición de “empresario”.

Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia⁹⁸ ha limitado este sistema de imputación de responsabilidad objetiva a las conductas deficientes en aspectos organizativos o de prestación de servicios médicos, pero ajenos a la actividad médica.

Por tanto, debemos distinguir entre la protección que ofrece la regulación de consumidores y usuarios en el ámbito de la organización y prestación de servicios sanitarios y la regulación de la responsabilidad civil médica propia del Código Civil que, en resumidas palabras, se basa en la *lex artis ad hoc*. Sin embargo, aunque no tienen por qué coexistir⁹⁹, ambos sistemas son compatibles, tal y como ha recogido la sentencia del

⁹⁷ SANTOS MORÓN, M. J. *La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC*. Universidad Carlos III. 2017, pp. 122-123.

⁹⁸ Por todas las SSTs de 24 de mayo de 2012 (ROJ STS 3450/2012): “esta Sala -STS 20 de julio 2009 - ha venido admitiendo la invocación de los preceptos de la Ley de Consumidores y Usuarios por el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, si bien advierte que los criterios de imputación de la expresada ley deben proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, sin alcanzar los daños imputables directamente a los actos médicos (SSTs de 5 de febrero de 2001 ; 26 de marzo de 2004 ; 17 de noviembre de 2004 ; 5 de enero y 22 de mayo de 2007)” y de 3 de julio de 2013 (ROJ STS 3604/2013): “la responsabilidad fundada en la Ley de Consumidores y Usuarios no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*”.

⁹⁹ En este sentido la STS de 15 de febrero de 2017 (ROJ STS 454/2017) que falla sobre los daños ocasionados por la ruptura de prótesis mamarias: exonera de responsabilidad a los médicos que practicaron el aumento de pecho, al entender que habían proporcionado la información adecuada y actuado conforme

Tribunal Supremo de 18 de julio de 2019 (ROJ STS 2763/2019): “el principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC, no se opone, en suma, a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurran circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación”.

Esta responsabilidad es la que se suele imputar en casos de infecciones contraídas durante la estancia en la clínica, daños derivados de una incorrecta organización del centro sanitario o daños causados por productos médicos defectuosos¹⁰⁰. Asimismo, aunque las garantías y el uso racional de los medicamentos y productos sanitarios vienen recogidos en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, dado que dicha norma carece de un régimen de responsabilidad específico, se les aplicará analógicamente el de la LGDCU.

4.6. Relación de causalidad

Sin perjuicio de lo que se acaba de analizar y como veremos más adelante, en muchas ocasiones, aunque se haya producido un daño al paciente y se haya demostrado el negligente cumplimiento por parte del profesional –esto es, sin respetar la *lex artis ad hoc*–, si no se consigue probar que es esa actuación culposa la causa del daño, se desestimará la correspondiente demanda de responsabilidad médica. No obstante, no siempre resulta sencillo afirmar que la actuación médica enjuiciada causó el daño.

La importancia de la causalidad es máxima, pues se convierte en el fundamento de la imputabilidad del daño y, por consiguiente, de la responsabilidad del profesional. Sin embargo, no podemos considerar como equivalentes la causalidad y la imputabilidad, dado que atender al solo criterio de causalidad para imputar un daño y atribuir responsabilidad puede conducir a resultados materialmente injustos. Así sucede en los casos en que el resultado dañoso se debe a una pluralidad de causas que no merecen el mismo reproche culpabilístico o cuando el daño se produce a consecuencia de una actividad que entraña riesgos pero que, *a priori*, podría resultar beneficiosa. Por ello, aunque la relación de causalidad se configura como un presupuesto de responsabilidad, como un criterio de imputación, es necesario atender a criterios de imputación adicionales que corrijan esos posibles e indeseables resultados derivados de una estricta aplicación del nexo causal¹⁰¹. Por criterios de imputación adicionales nos referimos a la realización de actos por los profesionales de la salud sin respetar lo que exige la *lex artis ad hoc*.

a la *lex artis ad hoc*, afirmando que lo que se debería haber hecho es demandar a los responsables del producto defectuoso (prótesis mamarias) en los términos que autoriza la LGDCU.

¹⁰⁰ MONTERROSO CASADO, E. op. cit., p. 23.

¹⁰¹ GASCÓN ABELLÁN, M. “Valoración de la prueba y causalidad jurídica”. *Nexo de causalidad en la responsabilidad médico-legal*, 2017, vol. 14, pp. 79-81.

La teoría que sigue mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia es la de la causalidad adecuada, según la cual, el resultado debe ser una consecuencia natural, adecuada y suficiente valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso, y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal¹⁰². En palabras de la jurisprudencia¹⁰³ esta teoría exige “la determinación de si la conducta del autor del acto, concretamente la conducta generadora del daño, es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada, de tal manera que, si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad”.

La relación de causalidad no tiene por qué ser pura. Al contrario, en no pocas ocasiones se considera que hay nexo causal –a pesar de que el médico no ha causado el daño con sus actos– cuando, pudiendo y debiendo interrumpir el proceso natural de la enfermedad, no lo hizo por abstenerse de actuar o por haber dispuesto unas medidas ineficaces e inocuas constitutivas de impericia. Del mismo modo, en otros casos se romperá la relación de causalidad cuando estemos ante un caso fortuito o un supuesto de fuerza mayor en el que no interviene culpa alguna. Tampoco habrá causalidad cuando los daños hayan sido causados por la enfermedad necesariamente, es decir, con independencia de la corrección o incorrección de la actuación del profesional¹⁰⁴. Igualmente, no habrá nexo causal cuando el daño se debe a la intervención de terceros o a la conducta del propio paciente; no obstante, si el daño es causado tanto por el propio paciente o por terceros como por el médico estaremos ante una concurrencia de responsabilidad que se traduce en la determinación de la indemnización en proporcional al grado de responsabilidad que cada agente haya tenido en la producción del evento dañoso¹⁰⁵.

En conclusión, el núcleo central de toda la investigación reside en que “para imputar un daño médico a un sujeto (y atribuirle responsabilidad por ello) se exige que exista una relación de causalidad entre la actuación médica y el daño producido; pero se exige también que esa actuación sea contraria a la *lex artis ad hoc*”¹⁰⁶.

¹⁰² GARCÍA CALVO, M. T. “Causalidad jurídica versus causalidad médica”. *Nexo de causalidad en la responsabilidad médico-legal*, 2017, vol. 14, p. 40.

¹⁰³ STS de 29 de mayo de 1999 (ROJ STS 3752/1999).

¹⁰⁴ GASCÓN ABELLÁN, M. op. cit., p. 84.

¹⁰⁵ GARCÍA CALVO, M. T. op. cit., pp. 38-39.

¹⁰⁶ GASCÓN ABELLÁN, M. op. cit., p. 83. En este sentido, y por todas, la STS de 7 de mayo de 2007 (ROJ STS 4241/2007): “La responsabilidad médica sólo puede apreciarse cuando existe culpa o negligencia por parte del facultativo, que se concreta paradigmáticamente en la infracción de la *lex artis ad hoc* (...) Para que exista responsabilidad no es suficiente, sin embargo, con el elemento de la negligencia, pues se requiere la existencia de un nexo de causalidad establecido entre la conducta culposa del agente y el daño padecido. En el ámbito de la responsabilidad médica, la exigibilidad y características de este requisito ha sido destacada por las más recientes sentencias de esta Sala: SSTs de 15 de febrero de 2006, 18 de julio de 2006 y 24 de enero de 2007, entre otras”.

5. LA PRUEBA DE LA CULPA Y DEL NEXO CAUSAL

Como ya se ha podido intuir, toda la virtualidad práctica y eficacia del sistema de imputación de responsabilidad médica depende de la prueba de los presupuestos que la configuran. De hecho, una gran cantidad de este tipo de reclamaciones son desestimadas por la falta de convicción de los tribunales en la prueba practicada.

En consecuencia, no es difícil darse cuenta de que en todo proceso de responsabilidad médica nos enfrentamos a dos tipos de problemas probatorios: probar que hay una actuación médica que no se ajustó a la *lex artis ad hoc* o que ha sido negligente –lo que en la mayoría de casos es lo mismo– y que dicha actuación fue la que causó el daño. La relevancia de probar estos dos elementos es aún más notable si atendemos a que no podemos valorar la conducta médica en función de la obtención, o no, de un resultado –pues la relación médico paciente es una obligación de medios– y a que el sistema de responsabilidad objetiva no tiene cabida en nuestro ordenamiento –ya que siempre tiene que darse una conducta culposa que habrá que probar–.

5.1. Valoración de la prueba

Aunque el principio general que se mantiene es el de la libre convicción judicial, la jurisprudencia exige “la necesidad de satisfacer niveles de certeza elevados para fundar la convicción judicial en relación con la prueba de los presupuestos de la responsabilidad médica”¹⁰⁷.

Aún así, lo cierto es que en el ámbito de la responsabilidad médica hay una cuestión central: cuál es el grado de certeza suficiente para poder aceptar como verdadero que un acto médico ha sido negligente y ha causado el daño en cuestión. La respuesta a esta incógnita depende únicamente de la elección valorativa que hace el sistema, consistente en elegir un estándar más o menos exigente. En el ámbito civil de la responsabilidad médica, el estándar seleccionado no es especialmente exigente o severo, de hecho, se considerará probada una hipótesis sobre un hecho cuando sea más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas sobre ese mismo hecho y siempre que dicha hipótesis resulte “más probable que no”. Con todo, la cuestión sigue siendo de una complejidad máxima, dado que, en no pocas ocasiones, no será posible probar un determinado hecho, pero tampoco se podrá probar su inexistencia, lo que nos conduce a una incertidumbre típica de estos procedimientos que se traduce en la exención de responsabilidad por falta de prueba¹⁰⁸.

¹⁰⁷ SOLÉ FELIU, J. “Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria”. *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. V, núm. 1, p. 59. En este sentido las SSTs de 6 de febrero de 1999 (ROJ STS 719/1999): “es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo”, de 13 de julio de 2010 (ROJ STS 3910/2010): “que ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades” y de 14 de marzo de 2013 (ROJ STS 1136/2013): “no sirven simples hipótesis o especulaciones sobre lo que se debió hacer y no se hizo”.

¹⁰⁸ GASCÓN ABELLÁN, M. op. cit., pp. 86-88.

5.2. Carga de la prueba

5.2.1. Regla general de la carga de la prueba

De acuerdo a la regla general recogida en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es el actor —el paciente o sus familiares, en este caso— quien debe soportar la carga de probar los presupuestos fácticos sobre los que se fundamenta su pretensión¹⁰⁹.

Ello no es óbice para reconocer las dificultades probatorias que encuentra el demandante en su actuación dada la desigualdad informativa que se produce entre las partes sobre los procesos y las condiciones sanitarias que afectan al paciente: a) éste último carece de los conocimientos técnicos sobre la dolencia, sobre las pruebas necesarias para llevar a cabo un diagnóstico fiable y sobre los tratamientos indicados, sus alternativas y los posibles resultados de cada uno de ellos; b) son los centros y facultativos quienes están en mejores condiciones para acceder a los instrumentos y medios de prueba (historiales clínicos, procedimientos terapéuticos seguidos, etc.); c) la determinación de si se infringió el estándar de diligencia profesional y la reconstrucción de la cadena de hechos que condujeron al resultado dañoso son dos cuestiones eminentemente técnicas que requieren la intervención de expertos, que no siempre estarán de acuerdo y que ni siquiera podrán llegar, en no pocas ocasiones, a conclusiones irrefutables dada la incertidumbre asociada a muchas actuaciones y procesos sanitarios¹¹⁰.

Para paliar los efectos negativos de esta falta de conocimientos técnicos y de la dificultad de acceso a los medios de prueba, los ordenamientos jurídicos han desarrollado diversos instrumentos dirigidos a flexibilizar y a introducir criterios correctores en el rigor probatorio. Estos mecanismos no se circunscriben al ámbito de la responsabilidad sanitaria, pero aparecen con mucha más frecuencia en esta materia dadas las peculiaridades probatorias que presenta.

Con carácter general, esos instrumentos son¹¹¹: presunciones legales o inversiones legales de la carga de la prueba de la culpa o de causalidad en determinados supuestos de responsabilidad sanitaria; presunciones judiciales de culpa y de nexo de causalidad; y la alteración de las reglas generales de la carga de la prueba cuando una de las partes tiene mayor facilidad o disponibilidad para acceder a los medios de prueba, generalmente aplicable a los supuestos de información sanitaria y prestación del consentimiento informado.

¹⁰⁹ En este sentido las SSTs de 4 de febrero de 2002 (ROJ STS 628/2002), de 25 de junio de 2003 (ROJ STS 4468/2003), de 4 de diciembre de 2007 (ROJ STS 8942/2007).

¹¹⁰ SOLÉ FELIU, J. op. cit., pp. 56-57.

¹¹¹ SOLÉ FELIU, J. op. cit., pp. 62-63.

5.2.2. Presunciones legales o inversiones legales de la carga de la prueba de la culpa o de causalidad en determinados supuestos.

Son estas un instrumento de aplicación considerablemente limitada ya que su virtualidad se reduce a los ensayos clínicos. Así, el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos, recoge, en su artículo 10, una genuina presunción legal de causalidad: “se presume, salvo prueba en contrario, que los daños que afecten a la salud del sujeto del ensayo durante su realización y en el año siguiente a la finalización del tratamiento se han producido como consecuencia del ensayo. Sin embargo, una vez concluido el año, el sujeto del ensayo está obligado a probar el nexo entre el ensayo y el daño producido”.

5.2.3. Presunciones judiciales

Frente a las presunciones legales en esta materia, caracterizadas por su escasez, las judiciales son mucho más habituales en nuestro ordenamiento. Encuentran su fundamento en el artículo 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, aunque no suponen una verdadera alteración de las reglas generales sobre la carga de la prueba puesto que seguirá siendo el demandante quien deba aportar la prueba de los indicios sobre los que pretende fundamentar la convicción judicial, sí aligeran “el rigor de la carga de la prueba del demandante al permitir que el juez llegue a la certeza probatoria a partir de la acumulación de indicios, sin necesidad de aportar prueba directa del hecho presunto”¹¹².

5.2.3.1. Presunciones judiciales de culpa: la doctrina del daño desproporcionado

Quizá es este el mecanismo probatorio que más relevancia plantea en el ámbito de la responsabilidad médica. La prueba del respeto, o no, a la *lex artis ad hoc* y de la posible concurrencia de una negligencia es una cuestión completamente técnica que escapa de los conocimientos del ciudadano medio y que ha obligado a diseñar este juego de presunciones que permita reequilibrar las posiciones de demandante y demandado.

A esta presunción judicial se la conoce como la doctrina del daño desproporcionado. Esta teoría presume que hay un comportamiento negligente por parte del profesional de la salud cuando el daño sufrido por la víctima puede calificarse como desproporcionado en comparación con el que resulta habitual, en el tipo de intervención realizada, según las reglas de la experiencia.

La jurisprudencia¹¹³ no aplica esta doctrina de forma automática, pues generaría unas consecuencias indeseables, sino que exige la concurrencia de cuatro requisitos. En

¹¹² SOLÉ FELIU, J. op. cit., p. 66.

¹¹³ En este sentido las SSTs de 2 de diciembre de 1996 (ROJ STS 6868/1996), de 23 de mayo de 2007 (ROJ STS 3412/2007): “hace surgir una deducción de negligencia, pues se presenta un resultado dañoso, generado en la esfera de acción del demandado, no en la de la víctima, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, y ello permite, paliando la exigencia de prueba de la

primer lugar, debe producirse un evento dañoso de los que no suele producirse si no es a causa de una negligencia; el segundo requiere que dicho evento se origine por alguna conducta propia de la esfera de acción del profesional, aunque no se conozca el detalle exacto; en tercer lugar, el daño no puede encontrar su origen en una conducta del propio perjudicado o de un tercero; por último el daño tiene que poder definirse como desproporcionado, es decir, como aquel no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médico sanitaria.

En estos casos, se exige al profesional una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia¹¹⁴.

A título de ejemplo baste señalar algunos casos paradigmáticos en la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado: paciente que queda en estado permanente vegetal debido a los daños cerebrales causados por una hipotensión en una intervención con anestesia dirigida a eliminar un quiste en el maxilar¹¹⁵; paciente que pierde un ojo tras la complicación en el post-operatorio de una intervención de cataratas¹¹⁶; paciente que fallece por parada cardiorrespiratoria al someterse a una operación para extirpar la vesícula biliar¹¹⁷; paciente que fallece tras entrar en coma por unas complicaciones acaecidas en una intervención quirúrgica para corregir una desviación nasal¹¹⁸.

Esta doctrina no está exenta de polémica¹¹⁹ puesto que su estricta aplicación puede dar lugar a dos efectos contraproducentes: la imposición de responsabilidad sobre el demandado sin pruebas suficientes en torno a su actuar negligente y la conversión de lo que es una mera presunción en una inversión sistemática de la carga de la prueba. En cuanto a lo primero, estaríamos ante una suerte de sistema de responsabilidad objetivo que ya ha sido rechazado innumerables veces por la jurisprudencia¹²⁰ y, respecto a lo segundo, no podemos olvidar que simplemente se trata de una presunción que permitirá que el juez base su convicción en indicios que, en todo caso, deberán ser extraídos de la prueba aportada por el demandante.

culpa y de la relación de causalidad, no ya deducir una negligencia, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una exigencia de explicación que recae sobre el agente, pues ante el daño desproporcionado, que es un daño habitualmente no derivado de la actuación de que se trata ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conductas en que el daño se ha producido, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación”, de 23 de octubre de 2008 (ROJ STS 5371/2008), de 6 de junio de 2014 (ROJ STS 2255/2014).

¹¹⁴ ÁLVAREZ LAINZ, M. op. cit.

¹¹⁵ STS de 12 de diciembre de 1998 (ROJ STS 7516/1998).

¹¹⁶ STS de 9 de diciembre de 1999 (ROJ STS 7847/1999).

¹¹⁷ STS de 29 de junio de 1999 (ROJ STS 4645/1999).

¹¹⁸ STS de 23 de mayo de 2007 (ROJ STS 3412/2007).

¹¹⁹ SOLÉ FELIU, J. op. cit., pp. 75-78.

¹²⁰ En este sentido la STS de 7 de mayo de 2007 (ROJ STS 4241/2007): “No es aceptable la objetivación de la responsabilidad en un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa, como el que establece el artículo 1902 CC, ni tan siquiera mediante la doctrina del resultado desproporcionado”.

5.2.3.2. Presunciones judiciales de nexo de causalidad: la doctrina de la pérdida de la oportunidad.

Aunque son menos frecuentes, no han sido pocas las ocasiones en que la jurisprudencia ha admitido la existencia del nexo causal basándose en presunciones. No obstante, no son presunciones que operan automáticamente, sino que se debe estar al caso concreto y comprobar que los hechos base sobre los que se asienta la presunción fundamentan una certeza judicial suficiente en relación con el nexo de causalidad.

El ejemplo prototípico es la asunción por parte de los tribunales de que sí hay nexo de causalidad entre una transfusión sanguínea y el contagio de virus VHC o VIH¹²¹. Sin embargo, como ya he señalado hay que atender a las circunstancias concretas para comprobar si, efectivamente, se puede utilizar dicha presunción: el hecho de no pertenecer a grupos de riesgo, la prueba de no estar contagiado con el virus antes de la transfusión o el breve tiempo transcurrido entre la transfusión y el diagnóstico de la enfermedad.

Junto con ello encontramos la doctrina de la pérdida de la oportunidad como una teoría de causalidad probabilística, en base a la cual es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, pudiendo condenar al facultativo aun cuando no es posible probar que de dicha intervención médica ha resultado el daño en cuestión.

En estos casos no se pone en duda la pericia del profesional, sino que el daño que se ocasiona se debe a la privación del paciente de la probabilidad de elegir otro tratamiento diferente de aquel al que finalmente se sometió si, de antemano hubiera conocido la posible materialización de un riesgo del que no se informó¹²².

Por lo tanto, esta teoría defiende que la responsabilidad no se debe al efectivo daño a la salud sufrido por el paciente a raíz de la actuación médica, sino al daño abstracto que genera la pérdida de oportunidades de curación o supervivencia. RUBIO TORRANO¹²³, al comentar la STS de 16 de enero de 2012¹²⁴, afirma al respecto que “el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa, puesto que los hechos probados de la sentencia descartan una negligencia en este aspecto (...) sino el que resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado”. A pesar de ello, el Tribunal Supremo, para la determinación de la indemnización que corresponde

¹²¹ En este sentido las SSTS de 25 de abril (ROJ STS 3001/2007) y de 4 de diciembre de 2007 (ROJ STS 8942/2007).

¹²² SÁNCHEZ GÓMEZ, A. op. cit., p. 13.

¹²³ RUBIO TORRANO, E. op. cit., p. 4.

¹²⁴ La STS de 16 de enero de 2012 (ROJ STS 279/2012) es pionera a la hora de considerar el daño causado por falta de información como un supuesto de pérdida de oportunidad.

por pérdida de oportunidad, sí tiene en cuenta el perjuicio efectivo causado y la situación del paciente una vez concluida la intervención quirúrgica.

Para que esta pérdida de oportunidad pueda ser indemnizable se ha de hacer un juicio de probabilidad en relación con la opción de evitar la intervención realizada y de optar por otra alternativa en caso de haber conocido los posibles riesgos. En consecuencia, para que dicho juicio de probabilidad prospere es necesario que estemos ante una situación relevante, “bien derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios”¹²⁵ y que se ponderen diversas circunstancias como: lo clínicamente aconsejable, la relación de confianza existente con el médico, el estado previo de salud del paciente, complicaciones de escasa probabilidad estadística, etc. Dicho con otras palabras, al igual que ocurre con la doctrina del daño desproporcionado, la aplicación indiscriminada de la teoría de la pérdida de oportunidad puede suponer una inaceptable sustitución sistemática de las reglas y requisitos tradicionales de la prueba del nexo causal. Por ello, su aplicación se hará, de forma subsidiaria, en los casos en que sea imposible probar el nexo causal, es decir, cuando no queda probado que la actuación médica incorrecta causó el daño, pero tampoco está probado que el daño se debe a otras causas y siempre y cuando la probabilidad de haber evitado el daño con una actuación correcta sea una probabilidad relevante o significativa¹²⁶.

El encaje de esta teoría no deja de ser problemático en tanto en cuanto es un daño abstracto y requiere hacer “una reconstrucción retrospectiva del pasado, pues no se sabrá nunca con certeza cual hubiera sido el desarrollo o evolución natural de una situación que de partida ya es patológica y portadora de múltiples riesgos”¹²⁷. Además, se mantiene por parte de la doctrina y de la jurisprudencia un concepto de daño ambivalente –daño a la salud sufrido a causa de la intervención y daño por pérdida de oportunidad– que ha de ser clarificado¹²⁸. Sin embargo, apreciar dicho tipo de daño, aunque sea de forma parcial, es la postura más garantista para el perjudicado.

5.2.4. La doctrina de la facilidad o disponibilidad probatoria.

Otro de los instrumentos que modifican el rigor probatorio en el ámbito de la responsabilidad médica y en el que, en parte, se inspiran los demás, es el que recoge el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹²⁹. Este precepto autoriza al juez a modificar las reglas de distribución de la carga de la prueba haciendo recaer sobre el profesional demandado la carga de aportar al proceso aquellos elementos que demuestren que su actuación fue conforme a la *lex artis*, cuando éste se encuentre en mejor posición

¹²⁵ SANGÜESA CABEZUDO, A. M. op. cit.

¹²⁶ GASCÓN ABELLÁN, M. op. cit., pp. 93-94.

¹²⁷ SÁNCHEZ GÓMEZ, A. op. cit., p. 14.

¹²⁸ RUBIO TORRANO, E. op. cit., p. 5.

¹²⁹ Artículo 217.7 LEC: “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

que el demandante para aporta este elemento, o bien cuando el demandante tendría serias dificultades para acceder a los medios de prueba¹³⁰.

Es pionera en reconocer esta doctrina, y la sintetiza de forma muy clara, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996 (ROJ STS 6868/1996) al afirmar que “paulatina, pero inexorablemente va abriéndose camino en esta materia de responsabilidad médica la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba, a menos que se quiera, en no pocos casos, dejarla prácticamente indefensa por la dificultad de encontrar profesionales médicos que emitan un informe que pueda, en algunos casos, ser negativo para otro profesional de su misma clase. Por ello va reafirmandose el que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión”.

El mecanismo de la mayor facilidad probatoria ha sido muy utilizado respecto de la prueba del suministro de información sanitaria por parte del médico y de la prestación del consentimiento informado por parte del paciente. Esto encuentra su razón de ser en lo que acabamos de exponer: el paciente tendría que afrontar serias dificultades para acceder a la documentación clínica y demás elementos de prueba que suelen encontrarse bajo el control de los centros y profesionales sanitarios.

Esta doctrina, a pesar de la discusión que se suscita al respecto, no supone una inversión de la carga de la prueba, puesto que no exime al demandante de la carga de aportar aquellos medios de prueba que puedan servir a lograr el convencimiento judicial, sino que, tan solo exige a la parte procesal que dispone de los medios de prueba o que se encuentra en mejor disposición para acceder a ellos, que los aporte¹³¹.

5.3. La prueba pericial

El estudio de la prueba en el ámbito de la responsabilidad médica pasa necesariamente, aunque sea de forma breve, por la mención a la prueba preponderante en esta materia: la prueba pericial. Y es que, en todos estos procedimientos, los peritos médicos tienen un papel fundamental, no solo en la determinación y valoración del daño, sino también en la aportación de la información necesaria para comprobar la adecuación de la acción u omisión del sanitario a la *lex artis* y para determinar el posible nexo causal.

Por tanto, la función de la prueba pericial consiste en introducir los conocimientos científicos y técnicos que le faltan al juez y que le auxilian en una mejor comprensión de

¹³⁰ SOLÉ FELIU, J. op. cit., pp. 78-79.

¹³¹ SOLÉ FELIU, J. op. cit., pp. 82-83.

la realidad científica para que, finalmente, en conciencia y en virtud del principio de libre valoración de la prueba, decida si el facultativo ha de responder por sus actos e indemnizar al perjudicado¹³².

De las partes de la prueba pericial adquiere especial importancia la valorativa. Así, el juicio valorativo, que deberá emitir el perito de forma razonada, se pronunciará sobre la existencia de negligencia médica, sobre la naturaleza y el alcance del perjuicio ocasionado y, finalmente, sobre la relación de causalidad entre la falta cometida y el perjuicio originado. Todas estas cuestiones deberán analizarse a la luz de las circunstancias de tiempo y de lugar, al estado clínico del paciente y a los medios a que tuviese acceso el profesional. De cualquier modo, dado el carácter aleatorio de la ciencia médica, no podemos esperar siempre resultados concluyentes e irrefutables de las pruebas periciales practicadas en sede judicial¹³³.

6. EL DAÑO Y LA INDEMNIZACIÓN

A pesar de su obviedad no podemos olvidar que el daño constituye un presupuesto para poder exigir cualquier responsabilidad civil. Por tanto, sin la causación de un daño efectivo no nace responsabilidad alguna para los profesionales de la salud.

Las características que ha de reunir el daño, al igual que en otros ámbitos de la responsabilidad civil, son las siguientes: que se trate de una lesión a un interés, que el interés lesionado sea legítimo, que el daño no esté reparado, que el daño sea significativo o anormal y que el daño sea cierto¹³⁴.

La naturaleza de los daños que se pueden dar en el ámbito de la responsabilidad médica es diversa, pudiendo distinguir, principalmente, entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales. No obstante, la indemnización de los daños ocasionados a la víctima tiende a cubrir todo tipo de perjuicio, cualquiera que sea su naturaleza¹³⁵.

Cabe destacar que en materia de responsabilidad civil médica difícilmente cabe la reparación *in natura* por lo que, en la práctica totalidad de los casos, lo que se exige es la entrega de la indemnización correspondiente al daño experimentado¹³⁶.

6.1. Daños extrapatrimoniales: corporales y morales

Cuando nos referimos a daños extrapatrimoniales estamos hablando de aquellos perjuicios que lesionan intereses que afectan a la persona, a su salud, a su integridad corporal, a sus atributos de personalidad y a sus sentimientos, pero que, sin perjuicio de

¹³² GARCÍA CALVO, M. T. op. cit., pp. 46-47.

¹³³ ROMERO PALANCO, J.L. “La pericia médico-legal en los casos de responsabilidad médica”. *Cuadernos de Medicina Forense*, 2002, núm. 27, pp. 23-26.

¹³⁴ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., p. 319.

¹³⁵ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V. *La valoración de los daños patrimoniales en los supuestos de responsabilidad civil médica*. Universidad de Alcalá. 2003, p. 250.

¹³⁶ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V. op. cit., p. 252.

las consecuencias patrimoniales que de ellos derivan, no pueden ser medidos pecuniariamente¹³⁷.

6.1.1. Daños corporales.

Estos daños son los que, en esencia, se reclaman en los procedimientos de responsabilidad sanitaria, puesto que la mayoría de perjuicios causados se corresponden con una subdivisión de los daños extrapatrimoniales: los daños corporales.

Por lo tanto, cuando hablamos de que un paciente ha sufrido un daño corporal a raíz de una negligente actuación médica, nos estamos refiriendo a diversos perjuicios. Por un lado, nos encontramos con las lesiones anatómicas, que son aquellas causadas a cualquier tejido, órgano, aparato o sistema del cuerpo humano, con independencia de su función y que incluyen, entre otras, quemaduras, hematomas, heridas en general, fracturas diversas o extirpaciones. Por su parte, existen las lesiones funcionales que, aunque suelen ser consecuencia de una lesión anatómica, repercuten específicamente en la función de algún tejido, órgano o sistema.

6.1.2. Daños morales.

Junto con los daños corporales, encontramos los daños morales. Estos son unos perjuicios que puede sufrir tanto la víctima como sus familiares. En la categoría de daños morales se incluye un sinnúmero de supuestos, de muy diversa naturaleza y origen, que hacen imposible una clara delimitación, a priori, de lo que es un daño moral. Si a ello le añadimos que, en no pocas ocasiones, un daño moral constituye simultáneamente un daño patrimonial, la confusión y la imprecisión cobran fuerza. Ya en 1975 se intentó codificar los daños morales como “diversas perturbaciones y desagradados tales como malestares, insomnios, sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causados especialmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades de agrado”¹³⁸. Parece ser que en nuestro país hay una tendencia a considerar como daño moral todo aquel que afecte a la esfera espiritual del individuo, lo que comprende toda molestia, maltrato, zozobra, atentado, perturbación, ofensa, perjuicio o menoscabo¹³⁹.

En cualquier caso, destacan como daños morales los dolores físicos, los sufrimientos psíquicos y el perjuicio estético.

En primer lugar, podemos hablar de lo que se conoce como *pretium doloris*¹⁴⁰ —el precio del dolor—, entendido como aquel daño que consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física, sentimientos, creencias o afectos.

¹³⁷ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., p. 334.

¹³⁸ Principio número 11 de la Resolución 75/7 de 14 de marzo de 1975 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre compensación de perjuicios en caso de daños corporales y muerte.

¹³⁹ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., pp. 348-353.

¹⁴⁰ En este sentido las SSTs de 18 de noviembre de 2002 (ROJ STS 7629/2002) y de 22 de junio de 2004 (ROJ STS 4333/2004).

Por otro lado, también es frecuente que se compute como daño moral el *prejudice d'affection* –el perjuicio de afecto– que, en pocas palabras, se refiere a los perjuicios asociados a la angustia que se produce usualmente en los parientes cercanos debido a las lesiones o, sobre todo, al fallecimiento de la víctima¹⁴¹. No obstante, esta figura presenta un gran problema: determinar qué personas puede reclamar la existencia de ese perjuicio por la muerte de un ser querido. La respuesta a este interrogante pasa por determinar qué sujetos han padecido un sufrimiento moral, ya que solo estos podrán reclamar la indemnización. La jurisprudencia¹⁴² ha establecido que es una cuestión dependiente de la decisión judicial y ha evolucionado al respecto puesto que ni siquiera exige ya una relación de parentesco entre el fallecido y el reclamante, sin perjuicio de que dicho vínculo se constituya como una presunción de hecho del daño moral.

En tercer lugar, suele cobrar importancia como daño moral el perjuicio estético. Este perjuicio es típico de las intervenciones negligentes de medicina voluntaria, pero no exclusivo dado que también puede surgir a resultas de una actuación propia de la medicina necesaria o curativa. Por perjuicio estético nos referimos a todas aquellas “alteraciones en la armonía física o fisonomía, que repercute en la simetría física, atentando contra la belleza o la grata presencia”¹⁴³. Quizá sea este el daño moral al que más atención han prestado los tribunales españoles, configurando así una amplia lista de supuestos que constituyen perjuicios estéticos, permitiendo que el juez pueda prescindir de cualquier otra ayuda técnica para determinar la realidad y magnitud de dicho resultado dañoso¹⁴⁴.

Por otro lado, algunos autores señalan como otro daño moral el que causa la lesión del derecho a la autodeterminación derivada del incumplimiento de los deberes de

¹⁴¹ PARRA SEPÚLVEDA, D. op, cit., p. 355

¹⁴² En este sentido la STS de 15 de noviembre de 2002 (ROJ STS 8990/2002): “el status de perjudicado en caso de fallecimiento no deriva de la relación de parentesco con el fallecido, sino que dimana del perjuicio material y moral que se le causa derivado del siniestro, esto es, no es iure hereditatis, sino ex delicto, por ello, en cada caso el Juez o Tribunal deberá indagar quien o quienes han quedado desamparados y desasistidos moral y económicamente a consecuencia del fallecimiento, cuestión estrictamente reservada a la decisión judicial a la vista del caso concreto”.

¹⁴³ PARRA SEPÚLVEDA, D. op, cit., p. 362.

¹⁴⁴ En este sentido resulta paradigmática la STS de 30 de mayo de 1988 (ROJ STS 13843/1988): “El valor de lo estético lo expresa de manera plástica la conocida pregunta de Pascal, “¿qué curso hubiera seguido la historia del mundo si la nariz de Cleopatra hubiera sido más corta?». Hoy se sabe que la morfología humana tiene consecuencias graves en el aspecto económico, social, individual, psicológico e, incluso, psiquiátrico de la persona. Y tanto de una mujer, como de un varón, con independencia de su profesión o edad. Limitada durante mucho tiempo la noción de deformidad en el rostro, hoy se ha extendido a la generalidad del cuerpo, quizá porque éste se expone con más frecuencia que antes en su práctica integridad a la contemplación ajena. Tampoco se exige ahora que el ofendido quede notablemente deforme (...) es evidente que la tutela alcanza también a la eventual deformidad ocasionada al varón, sin que quepa distinguir -como ironizaba alguno de nuestros más agudos tratadistas-, entre la cicatriz en la comisura del labio de un bigotudo carabinero y en la de una grácil estrella de la pantalla. Tampoco es decisiva la edad. Para evitar excesos la doctrina recomienda establecer el límite de que la deformidad sea sentida por el sujeto que la sufre. (...). A esta Sala no le es posible contemplar la cicatriz. Ahora bien, por la extensión -cuatro centímetros-, y por el lugar -arco superciliar izquierdo-, es decir, muy visible, es evidente que sí afea al perjudicado - según reconoce la Sentencia de instancia-, aunque no de modo sensible, la edad de 52 años -que en ningún caso puede calificarse de avanzada- y el sexo masculino del lesionado no pueden impedir valorarla de deforme por las consideraciones más arriba expuestas”.

información y consentimiento informado¹⁴⁵. Un análisis claro de este tipo de perjuicio lo encontramos en la STS de 4 de abril de 2000 (ROJ STS 2750/2000): “con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que esta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”.

Para terminar, es frecuente que se haga referencia a otro tipo de daño moral en el que se incluyen todos aquellos padecimientos psíquicos que no resultan encuadrables en las otras categorías hasta ahora vistas. Dichos padecimientos podrían ser el insomnio, el sentimiento de inferioridad, la disminución de placeres de la vida causado por la imposibilidad de realizar actividades que le son agradables a uno mismo, etc. Algunos autores señalan que, frente al dolor físico, estos padecimientos constituyen supuestos de dolor psíquico o moral. Además, es una categoría muy difusa, más si cabe que el resto de tipo de daños morales, ya que la magnitud de ese perjuicio dependerá de factores personales como la sensibilidad personal, los recuerdos, las vivencias, la situación familiar, etc¹⁴⁶.

6.2. Daños patrimoniales

Son daños patrimoniales aquellos hechos dañosos que provocan directa o indirectamente una pérdida patrimonial o económica para la víctima del perjuicio. Se trata, por tanto, de una lesión de un interés económico.

Los daños patrimoniales pueden, y deben, ser cuantificados. Es prácticamente unánime la doctrina y la jurisprudencia al afirmar que la valoración debe hacerse conforme al daño emergente y al lucro cesante (artículo 1106 del Código Civil). La principal diferencia entre ambos es que, mientras que el primero se refiere a un perjuicio patrimonial real y producido de forma efectiva, el segundo consiste en la pérdida del beneficio futuro que no se percibirá¹⁴⁷. A modo de ejemplo, los gastos médicos, hospitalarios, farmacéuticos o de rehabilitación –constituyen supuestos de daño emergente– y la pérdida de salarios o de capacidad laboral –entendidos como perjuicios propios del lucro cesante–.

Los supuestos de lucro cesante, también denominados daños patrimoniales indirectos, son los derivados de un daño extrapatrimonial y que deben indemnizarse de forma autónoma al propio daño moral o corporal de que se trate¹⁴⁸. Suelen ser supuestos de incapacidad funcional. Por ejemplo, si el perjudicado es un personaje público que vive de su aspecto físico, como podría ser un modelo o un presentador de televisión, y se somete a una intervención de cirugía estética que le desconfigura el rostro, ya no

¹⁴⁵ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., pp. 374-379.

¹⁴⁶ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., p. 364-366. En este sentido las SSTS de 7 de mayo de 1987 (ROJ STS 10598/1987), de 22 de febrero de 2001 (ROJ STS 1264/2001).

¹⁴⁷ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V. op. cit., p. 256.

¹⁴⁸ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V. op. cit., p. 252.

estaríamos hablando tan solo del perjuicio estético como daño moral, sino que se produciría, a su vez, un daño patrimonial por el lucro cesante que supone la pérdida de oportunidades laborales.

6.3. La valoración del daño

Una vez acreditada la concurrencia del perjuicio, el juez valorará dicho daño para determinar la indemnización que exigirá al causante del mismo.

Es esta una cuestión muy compleja debido a las dificultades de los jueces y tribunales para cuantificar los daños extrapatrimoniales: la vida humana, la integridad física y psíquica, la salud o los órganos de una persona son bienes con un valor incalculable que no admiten objetivación, pues el juez deberá su decisión en las particularidades del caso concreto¹⁴⁹. Sin embargo, cada vez son más las voces que se alzan solicitando la aplicación flexible de baremos orientadores para determinar la cuantía a indemnizar por daños corporales y morales, dejando de lado el criterio imperante de la discrecionalidad judicial¹⁵⁰; en cualquier caso, no es extraño que jueces y tribunales se basen, para fijar el monto de la indemnización, en el baremo previsto para los accidentes de circulación. Además, en los últimos tiempos se ha intentado patrimonializar algunos daños de naturaleza extrapatrimonial, incluyendo como una categoría de lucro cesante la pérdida o disminución de posibilidades de llevar a cabo actividades que el perjudicado practicaba y le generaban placer, al igual que ya se ha hecho con la pérdida de oportunidades laborales¹⁵¹.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con los daños patrimoniales, que presentan un *quantum* mucho más fácil de determinar. En primer lugar, como supuestos de daño emergente, se computarán todos los bienes y servicios que pesan sobre la víctima, es decir, todo tipo de gastos médicos y paramédicos que soporta el paciente –honorarios médicos, gastos de hospitalización, transporte y ambulancia, gastos de rehabilitación, etc.–. Igualmente, aumenta el monto de la indemnización reclamada aquellos elementos que el paciente necesita para el desarrollo de su vida cotidiana, lo que comprende desde la silla de ruedas, hasta el salario de un asistente que le ayude a cubrir sus necesidades básicas, pasando por las obras para adaptar la vivienda o el vehículo. Además, la indemnización cubre también los gastos futuros, es decir, los que el perjudicado debe asumir tras la estabilización de la lesión. De cualquier modo, todos estos gastos y costes deberán justificarse fehacientemente, generalmente mediante prueba documental, y si se trata de gastos futuros las exigencias probatorias serán aún mayores¹⁵².

En segundo lugar, si nos referimos al lucro cesante, estamos hablando de todas las ganancias esperadas con fundamento cierto que deja de obtener la persona perjudicada

¹⁴⁹ PARRA SEPÚLVEDA, D. op. cit., pp. 380-381.

¹⁵⁰ GALÁN CORTES, J. C. *Responsabilidad civil médica: daños y perjuicio-baremos*. Cizur Menor. Civitas. 2007, pp. 1 y 2.

¹⁵¹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V. op. cit., p. 260.

¹⁵² JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V. op. cit., pp. 253-256.

con el acto médico. Se trata, por tanto, de unos daños con un claro componente económico pero cuya valoración depende del intérprete y puede ser amplísima. De ahí, que la jurisprudencia exija que la valoración del lucro cesante se haga de forma restrictiva. Tanto es así que “únicamente serán exigibles aquellas pérdidas que se deriven no de una mera posibilidad, sino de una probabilidad de ganancias futuras, esto es, que dichas ganancias se habrían producido de no mediar el daño derivado del acto médico”¹⁵³. En consecuencia, la valoración se hará en función de la disminución de ingresos. En cualquier caso, estamos ante un hecho probable, pero no seguro, y que será matizado por diversas circunstancias como el tipo de trabajo que se desarrollaba con anterioridad al hecho lesivo, la valoración de los servicios en el mercado o el número de días durante los que se prolonga la incapacidad. Asimismo, pueden llegar a ser computables a efectos de indemnización todo tipo de expectativas anejas a la actividad profesional y que se ven frustradas por el acto médico negligente. Además, ha de tenerse en cuenta que el lucro cesante solo se valora en aquellas víctimas que ejercen una actividad profesional, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, quedando excluidos determinados colectivos como los jubilados o las amas de casa¹⁵⁴.

7. ANÁLISIS DE SUPUESTO PRÁCTICO

Como ya he señalado en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, el sistema de responsabilidad médica vigente en España es sumamente casuístico. Por un lado, porque la valoración que hagan jueces y tribunales, y por tanto su decisión, dependerá de la innumerable cantidad de diferentes circunstancias que en el caso concreto pueden darse (circunstancias personales, espaciales, temporales, etc.). Por otro, porque es una materia muy técnica en la que el ordenamiento jurídico pierde protagonismo frente a la valoración y determinación de si efectivamente se han respetado los parámetros que exige la *lex artis ad hoc*.

Por ello, considero oportuno e, incluso, necesario analizar un caso real para comprobar cómo se conjuga toda la teoría propuesta por doctrina y jurisprudencia en la práctica, pues, a mi parecer, en una materia tan casuística como la responsabilidad médica, de nada sirven todas las formulaciones teóricas si no se conoce qué virtualidad práctica tienen.

7.1. Hechos

Don Luis acude el 27 de abril de 2019 a una clínica privada en Valencia para someterse a un implante capilar. Fallece debido a una parada cardiorrespiratoria mientras es anestesiado por el médico que le iba a practicar la cirugía.

El difunto tenía cuatro hermanos. Estaba casado, de cuyo matrimonio tuvo una hija póstuma, nacida el 15 de octubre de 2019. A su vez, el paciente había convivido desde hacía más de cinco años con la hija de su esposa proveniente de una relación anterior.

¹⁵³ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V. op. cit., p. 257.

¹⁵⁴ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V. op. cit., pp. 257-259.

La autopsia revela como causa probable del fallecimiento una muerte súbita tras la anestesia, identificada como síndrome de Brugada.

Antes de la operación, doña Marta, auxiliar de la clínica, requirió a don Luis para que firmara en una Tablet un documento que pretendía ser un consentimiento informado.

Tanto el médico, como la clínica en la que sucedieron los hechos, tenían a fecha del suceso contratadas sendas pólizas de responsabilidad civil.

Los hermanos del fallecido y su esposa, en representación, además, esta última de sus dos hijas, presentaron la acción penal en el Juzgado de Instrucción de Valencia que terminó en un auto de sobreseimiento el día 10 de febrero de 2020 al entender que no existían datos reveladores de una mala praxis.

7.2. Cuestiones procesales: competencia, legitimación, prescripción y procedimiento.

En primer lugar, habrá que dirimir qué jurisdicción será competente para conocer de nuestras pretensiones.

Podemos afirmar sin lugar a dudas que la vía contencioso administrativa por responsabilidad patrimonial queda descartada, pues la intervención se llevó a cabo entre particulares.

No es tan claro, sin embargo, que no haya indicios delictivos que permitieran sustentar una acusación por homicidio imprudente. Aunque el objeto de este trabajo es la responsabilidad civil médica, por ser la más habitual en este tipo de casos, no podemos obviar que el supuesto ostentaría la suficiente entidad como para plantearse la viabilidad de acciones penales. Tanto es así que doctrina y jurisprudencia entienden que hay que acudir a la jurisdicción penal cuando el profesional “se ha extralimitado en la inobservancia de las reglas de la profesión o ha actuado de manera que su conducta encaja en las normas penales que al respecto tipifican la negligencia del médico, dejando la responsabilidad civil para los supuestos en que se ha actuado fuera de la *lex artis* pero el grado de negligencia no alcanza lo previsto para ello en el Código Penal”¹⁵⁵. Y es que no podemos perder de vista que se ha producido el fallecimiento de una persona por someterse a una intervención que a día de hoy es cada vez más habitual y, en principio, no entraña especiales riesgos. Por tanto, y sin mayor concreción, considero que, llegado el caso, se podría valorar la viabilidad de una querrela por delito de homicidio por imprudencia grave o menos grave. Sin embargo, dado que el objeto de estudio es la responsabilidad civil médica, daremos por hecho que la negligencia, en caso de que la hubiera, sería leve, quedando expedita la vía civil.

Habiendo descartado las demás jurisdicciones, la civil se erige como la idónea para reclamar la responsabilidad correspondiente al profesional.

En cuanto a la competencia territorial, la correspondiente demanda debería interponerse ante los juzgados de Valencia puesto que el domicilio de los demandados

¹⁵⁵ MUÑOZ CUESTA, J. “Responsabilidad penal médica”. *Revista Aranzadi doctrinal*, 2016, nº 11, Cizur Menor.

está en dicha localidad y, además, fue en esa misma ciudad donde se tuvo que cumplir la obligación y donde se produjo el daño.

Asimismo, es fundamental en un caso como el que se nos presenta determinar quiénes tienen la legitimación activa para reclamar la reparación del daño ocasionado. Tradicionalmente las corrientes doctrinales y jurisprudenciales al respecto han sido dos: *iure hereditario* o *iure proprio*. La primera considera que los sujetos legitimados lo están por ser herederos de la víctima, mientras que para la segunda la legitimación de los sujetos provendría, no de la condición de herederos, si no por ser ellos mismos los perjudicados por el fallecimiento de la víctima.

Actualmente, es mayoritaria la doctrina y la jurisprudencia que opta por aplicar la segunda de las teorías, de modo que “la muerte acaecida como resultado de un hecho ilícito, no da lugar al nacimiento en el patrimonio de la víctima de ningún derecho indemnizatorio y, por tanto, no es posible su transmisión a los herederos, sino que, por el contrario, lo que se produce es un perjuicio a las personas más allegadas a la propia víctima, de modo que la reclamación de éstas quedará fundamentada *iure proprio*”¹⁵⁶. Ello implica que baste la condición de pariente para ostentar título suficiente y poder ejercer las acciones de reparación del daño correspondientes. Desde mi punto de vista esta es la opción más acertada puesto que, además, encaja con el principio general de la reparación integral del daño que inspira todo el sistema de responsabilidad civil.

Dicho lo cual, resulta claro que, en el supuesto que nos ocupa, tendrán la condición de perjudicados¹⁵⁷ y, por tanto, la legitimación activa necesaria para ejercer las acciones civiles oportunas, el cónyuge supérstite, los hermanos, la hija biológica e, incluso, la hija conviviente de su esposa.

En cuanto a la legitimación pasiva, aparecen como demandados el médico, la clínica y sus correspondientes aseguradoras.

Primeramente, tanto el profesional como la clínica serán responsables, como ya veremos, contractual o extracontractualmente.

Mención aparte merecen las aseguradoras con las que estos sujetos tienen contratadas sendas pólizas de responsabilidad civil. Los demandantes podrán ejercer contra ellas lo que se conoce como acción directa. Esta acción se encuentra recogida en el artículo 76 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro y permite al perjudicado reclamar directamente frente a la aseguradora los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado¹⁵⁸.

¹⁵⁶ GÁZQUEZ SERRANO, L. “Valoración del daño por fallecimiento: problemas de legitimación activa y perjudicados por el procedimiento”. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2014, nº 52, p. 38.

¹⁵⁷ GÁZQUEZ SERRANO, L. op. cit., pp. 39-44.

¹⁵⁸ En este sentido se pronuncian las SSTs de 4 de marzo (ROJ STS 684/2015) y de 17 de abril de 2015 (ROJ STS 1424/2015) y de 5 de junio de 2019 (ROJ STS 1840/2019): la acción directa “implica un derecho propio -sustantivo y procesal- del perjudicado frente al asegurador, con el propósito, de una parte, de un resarcimiento más rápido [...] y, de otra parte, de eludir la vía indirecta en virtud de la cual el perjudicado habría de reclamar al causante del daño y éste al asegurador, lo que provocaba una innecesaria litigiosidad”.

Consecuentemente, en palabras del alto tribunal¹⁵⁹, “el perjudicado tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones diferentes: la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76)”. Con todo, es el demandante quien elige si dirigirse contra el asegurado, esto es, el médico, contra la aseguradora o contra los dos.

Por otro lado, desde el punto de vista procesal, es importante tener en cuenta los plazos para ejercer las correspondientes acciones. Así, si los demandantes pretenden dirigirse contra el sujeto con el que mantienen una relación extracontractual deberán tener en cuenta que el plazo de prescripción se reduce a 1 año (art. 1968 CC), frente al de 5 años que prevé el art. 1964 para las acciones por responsabilidad contractual. No obstante, hay que tener en cuenta, tal y como ha establecido la jurisprudencia¹⁶⁰ que todo proceso penal pendiente interrumpe los plazos de prescripción de la acción civil, de modo que, en el caso que nos ocupa, el plazo se interrumpió cuando los perjudicados interpusieron la acción penal y se reanudó una vez que se notificó el auto de sobreseimiento de 10 de febrero de 2020. En cuanto al plazo de prescripción de la acción directa, la jurisprudencia mayoritaria ha determinado que dependerá de la naturaleza de la acción de responsabilidad que se exija; siendo de 1 año si reclamamos responsabilidad aquiliana y de 5 si se trata de responsabilidad contractual¹⁶¹.

El procedimiento a seguir será el juicio ordinario pues la cantidad que se reclamará en concepto de daños y perjuicios, tal y como veremos más adelante, sobrepasa el límite de 6.000 euros que el artículo 249.2 LEC fija para acudir al juicio verbal.

7.3. Relación médico-paciente

Como ya hemos señalado, la relación médico-paciente puede ser contractual o extracontractual en función de cómo se configure.

En este supuesto las opciones son dos, que don Luis hubiera contratado directamente con el profesional o que lo hubiera hecho con la clínica privada.

¹⁵⁹ STS de 5 de junio de 2019 (ROJ STS 1840/2019).

¹⁶⁰ En este sentido las SSTs de 18 de marzo de 2016 (ROJ STS 1161/2016), de 27 de junio de 2017 (2499/2017) y de 13 de julio de 2017 (ROJ STS 2838/2017).

¹⁶¹ COELLO DE PORTUGAL MARTÍNEZ DEL PERAL, I. “El plazo de prescripción de la acción directa del tercero perjudicado frente a la aseguradora”. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2015, nº 53, p. 29. En este sentido se pronuncia la STS de 27 de septiembre de 2007 (ROJ STS 5988/2007): “La razón para aplicar el general del artículo 1968.2º del Código Civil se encuentra en que el derecho propio del perjudicado contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil no está sometido al régimen del artículo 23 LCS, en la medida que no nace del contrato de seguro, suscrito entre asegurado-tomador y asegurador, y respecto del cual, el perjudicado es un tercero, sino del hecho que ha generado la obligación de indemnizar a cargo del asegurado, es decir, de la responsabilidad civil del asegurado frente a terceros. Y tratándose de un derecho propio del perjudicado, ajeno al contrato de seguro, el plazo de prescripción dependerá de la naturaleza de la acción de responsabilidad de que sea titular, que, en el caso de autos, por fundarse en culpa extracontractual, conlleva la aplicación del previsto en el artículo 1968.2º del Código Civil”.

En cuanto a la primera podemos decir lo siguiente. La relación entre el paciente y el profesional es claramente contractual pues suponemos que ambos han firmado un contrato y, aunque no lo hubieran hecho, bastaría con que los dos hubieran asumido una serie de obligaciones para considerar que hay una relación contractual fáctica. En esta situación, la relación con la clínica sería extracontractual.

Respecto a la segunda, la relación contractual surge entre el paciente y la clínica, y la extracontractual con el profesional que ha llevado a cabo la operación.

Sea como fuere, los perjudicados podrán dirigirse indistintamente contra uno u otro ya que, si no hay responsabilidad contractual entre ellos, la habrá extracontractual *ex* artículos 1902 y 1903 CC. Únicamente habría exención de responsabilidades para la clínica o para el profesional cuando el paciente hubiera contratado con ambos simultáneamente y las cláusulas de dichos contratos establezcan que uno y otro solo serán responsables de los daños que cada uno haya ocasionado.

Otro de los aspectos esenciales de la relación médico paciente es determinar si la intervención que se llevó a cabo era de medicina satisfactiva o curativa. La respuesta que le demos a este interrogante entroncará con cuestiones tan relevantes como el nivel de detalle que ha de tener el consentimiento informando o el grado de pericia que se espera del profesional.

En el caso propuesto, la operación ha sido un implante capilar. Se trata claramente de una intervención de medicina satisfactiva o voluntaria puesto que el objetivo del paciente no es tratar una patología previa, sino obtener un beneficio de tipo estético como es recuperar o aumentar la densidad capilar.

En consecuencia, lo que nos debemos plantear una vez que hemos calificado la intervención como propia de la medicina satisfactiva es si estamos ante una obligación de medios o de resultados ya que de esta decisión dependerá en gran medida la existencia o no de responsabilidad. Como ya indicamos anteriormente, parece acertado considerar las relaciones médico paciente en medicina voluntaria como una obligación de medios acentuada que implica que, sin que sea posible garantizar un resultado cierto debido a todos los componentes aleatorios que pueden darse en cualquier intervención médica, sí se ha de asegurar una cierta garantía en la actuación médica, basada principalmente en el más escrupuloso cumplimiento de las normas de la *lex artis*, y en la entrega de una información rigurosa y exhaustiva sobre todos los riesgos y posibles alternativas.

Llegados a este punto, el supuesto planteado es especialmente interesante pues no es que simplemente no se haya llevado a cabo lo que estaba pactado, o que se le ha causado algún daño menor como consecuencia de la intervención, sino que el paciente ha fallecido a causa de la misma. Consecuentemente, será necesario analizar con detalle si el profesional ha observado rigurosa y escrupulosamente las normas que establece la *lex artis ad hoc*, en especial, las referidas al consentimiento informado.

7.4. Imputación de responsabilidad

Como ya sabemos, la principal vía de imputación de responsabilidad para el profesional de la salud es el incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, de los

estándares que impone la *lex artis ad hoc*. Básicamente, la corrección de la actuación del médico se podría medir en función de si ha cumplido con las obligaciones referentes a la información sanitaria y al consentimiento informado y de si ha sido todo lo minucioso que debería con su actuación desde el punto de vista técnico y científico.

En el caso que nos ocupa, haremos especial hincapié en el análisis de si se ha suministrado correctamente la información sanitaria y si se ha firmado de forma adecuada el consentimiento informado, ya que es mucho más factible probar incumplimientos referidos a esto que los de carácter más técnico, pues la medicina, como ya he señalado en numerosas ocasiones, tiene un componente aleatorio intrínseco que, en no pocas ocasiones, impide que se pruebe fehacientemente que el resultado dañoso se debe a la actuación del médico.

7.4.1. Consentimiento informado.

El consentimiento informado debería ser el resultado de un proceso en el que el médico responsable entrega una información preliminar al paciente, más o menos extensa, y a partir de la cual el paciente podría tomar una decisión fundamentada sobre el sometimiento o no a la intervención de que se trate. El contenido esencial de ese procedimiento consiste en la suministración de la información sanitaria.

Dicha información debe ser ofrecida por el médico responsable, así como por todos los demás profesionales que atiendan al paciente durante el proceso o que le vayan a aplicar alguna técnica o procedimiento. Igualmente, la información que se tiene que ofrecer debe contener, al menos, las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contraindicaciones.

En cuanto a lo primero ya nos encontramos con una clara infracción de lo que exige la ley (artículo 4.3 Ley 41/2002), pues fue la auxiliar de clínica quien recabó del paciente su firma. Es más, todo indica que en la clínica en que ocurrieron los hechos el procedimiento sobre el consentimiento es meramente protocolario puesto que la rúbrica del paciente se plasmaba en una Tablet, sin darle más explicación del documento que firmaba, y luego, un sistema de impresión reproducía la firma en todas las hojas del documento, vulnerando así el derecho del paciente a leer y entender toda la información sanitaria relevante para decidir si continuar o no con el trasplante capilar. Sobre este extremo es taxativa la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues en la sentencia de 11 de abril de 2013 (ROJ STS 2069/2013) dispone que el consentimiento informado “es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus

riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto. Es razón por la que en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información (SSTS 27 de abril 2001; 29 de mayo 2003). Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas”.

En segundo lugar, la información sanitaria ofrecida no fue todo lo exhaustiva que cabría esperar, y más aun cuando estamos ante intervenciones de medicina satisfactiva. Ha sido constante la jurisprudencia al determinar que en los casos de medicina voluntaria, en los que el paciente no siente la necesidad apremiante de someterse a un tratamiento para poner fin o paliar alguna dolencia o enfermedad, la información que se debe suministrar tiene que ser muy pormenorizada para que el paciente sopesa si verdaderamente le conviene pasar por quirófano. Consecuentemente, como mínimo, en una intervención de medicina voluntaria, habrá que informar de los riesgos previsibles y frecuentes, sea cual sea su gravedad, así como de los riesgos infrecuentes cuando sean graves¹⁶². Son estos últimos de los que no se le informó al paciente pues el documento que pretendía ser consentimiento informado no contenía información alguna referente a la anestesia: no se menciona el tipo de anestesia a utilizar, ni su cantidad, ni el método de administración, tampoco se hace referencia alguna a las consecuencias graves para el sistema cardiovascular que puede acarrear la anestesia, como pueden ser las fibrilaciones ventriculares, la muerte súbita o el síndrome de Brugada. Parece ser que los profesionales de la salud que trataron al paciente desconocían los riesgos de un medicamento tan especial como la anestesia. Dicho desconocimiento o, quizá mejor dicho, desidia, no tiene explicación alguna pues desde hace tiempo la ciencia ya ha dejado claro que algunas contraindicaciones de la anestesia local pueden ser alteraciones graves de la generación y la conducción de estímulos en el corazón, la insuficiencia cardiaca aguda descompensada y la hipotensión grave¹⁶³. En consecuencia, en la información suministrada se tendrían que haber contemplado estas contraindicaciones de la anestesia pues aunque el síndrome de Brugada, considerado como la causa de la muerte, es poco frecuente conlleva unas consecuencias muy graves¹⁶⁴.

¹⁶² A *sensu* contrario la STS de 11 de abril de 2013 (ROJ STS 2069/2013): “una actuación médica de carácter curativo y urgente en el que, a diferencia de la medicina voluntaria o satisfactiva, no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (STS 23 de octubre de 2008 , y las que en ella se citan)”.

¹⁶³ KLAUS MÜLLER, C. “La anestesia local en el paciente con enfermedades crónicas ¿Qué se puede hacer y qué es lo que no se puede hacer?” *Quintessence*, 2011, vol. 24, nº 8, pp. 413-418.

¹⁶⁴ GARCÍA-PASCUAL, E., GIL, S., SALAZAR, M. F. Y ANTOLÍN, M. T. “Síndrome de Brugada, colonoscopia y atención anestésica vigilada. A propósito de un caso.” *Revista Argentina de Anestesiología*, 2017, vol. 75, nº 3, pp. 148-151: “El síndrome de Brugada (SB) fue descrito en 1992 como un cuadro de muerte súbita (...) Los pacientes con SB son en su mayoría asintomáticos, pero entre el 17-42% de ellos presentan síncope o muerte súbita como consecuencia de una arritmia ventricular en algún momento de su vida. (...) Ciertos

Probablemente alguien podría justificar el fallecimiento del paciente afirmando que ni siquiera el paciente era consciente de que padecía esa alteración genética, de modo que el doctor nada podría haber hecho al respecto; sin embargo, precisamente para evitar esto existe el consentimiento informado, pues si el fallecido hubiera conocido las posibles consecuencias de la anestesia, habría podido tomar una decisión razonada y aunque hubiera continuado con la intervención y el desenlace hubiera sido el mismo, nada se le podría exigir ahora al profesional. Por supuesto, si el doctor fuera conocedor de la existencia de patologías previas en el paciente, la negligencia sería tal que entraríamos en el ámbito del derecho penal.

Como se puede ver, el doctor y la clínica han vulnerado las exigencias más básicas respecto al consentimiento informado, más aún cuando el proceder general en este sector debería ser el de dar la información más detallada posible y sobre cualquier tipo de riesgo, sea grave o leve, frecuente o infrecuente, para así evitar posibles reclamaciones de responsabilidad. ¿Quizá la falta de información se deba a los intereses económicos de los profesionales privados de la salud que pretenden evitar que el paciente, en no pocas ocasiones tratado como cliente, desista de la intervención ante los riesgos de que le están informando?

7.4.2. Responsabilidad por hecho propio¹⁶⁵.

Como ya hemos visto, desde el punto de vista del consentimiento informado, la actuación del profesional es en todo caso reprochable. Cuestión diferente es determinar si desde la perspectiva médica ha habido mala praxis por parte del doctor, es decir, hasta qué punto la existencia de ese síndrome pudo ser la causa de la muerte y si el profesional tendría que haber tomado alguna otra precaución al respecto a la hora de suministrar la anestesia.

A priori, si tenemos en cuenta que la prevalencia de este síndrome en la población es aproximadamente de 5/10.000 habitantes¹⁶⁶, cabría pensar que el profesional actuó conforme a la *lex artis ad hoc* al no haber sopesado, a la hora de suministrar la anestesia, la reducida probabilidad de que el paciente padeciera una enfermedad de este tipo.

No obstante, la cuestión es mucho más compleja que descartar que el profesional sea responsable por no haber barajado la posibilidad de que el paciente sufriera una enfermedad rara. Por ello, y sin intención de ser exhaustivos, pues esto no deja de ser un estudio jurídico de la materia de la responsabilidad médica, es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos.

Primeramente, hay que tener en cuenta que el sistema de diagnóstico del Síndrome de Brugada es la realización de un electrocardiograma que, en la mayoría de casos,

fármacos (tabla 1: anestésicos) o un estado febril pueden también desencadenar el patrón I e inducir arritmias”.

¹⁶⁵ El análisis que realizaré no será todo lo técnico que debería, tampoco pretende serlo, pues no soy licenciado en medicina, pero sí espero que permita entrever las principales cuestiones médicas que se abordarían en un juicio a partir de informes periciales de expertos.

¹⁶⁶ RUIZ, M. I., MARÍN, E., ET. AL. “Detección de un Síndrome de Brugada en un reconocimiento médico laboral”. *Medicina y seguridad en el trabajo*, 2011, vol. 57, nº 224. Según la Federación española de patologías (FEDER) el Síndrome de Brugada tiene la categoría de enfermedad rara.

revelará un patrón típico en los pacientes que padecen esta enfermedad¹⁶⁷. De hecho, hay autores¹⁶⁸ que señalan que este síndrome puede detectarse en un reconocimiento médico rutinario, es decir, no requiere de un estudio demasiado específico. A su vez, la mayoría de clínicas especialistas en la realización de injertos capilares incluyen dentro del preoperatorio a practicar a sus clientes la prueba del electrocardiograma¹⁶⁹. Es cierto que no es una prueba obligatoria, pero sí muy conveniente, y a medida que aumenta la edad del paciente se convierte prácticamente en un deber, siendo considerada la edad de 40 años como el momento a partir del cual que hay que tomar especiales precauciones respecto a la salud cardiovascular del paciente. Dicho lo cual, parece que el médico, en nuestro supuesto, pudo ser negligente al no someter al paciente a la prueba del electrocardiograma antes de iniciar la intervención quirúrgica, tanto porque la *lex artis ad hoc* así lo recomienda, como por el hecho de que si se hubiera hecho quizá se podría haber detectado la enfermedad.

Respecto a esto último también se nos plantea una importante cuestión que es si, en caso de haberse realizado el electrocardiograma, se le podría exigir al profesional, un cirujano plástico, que hubiera reconocido el patrón propio del Síndrome de Brugada. De nuevo nos encontramos ante un interrogante cuya respuesta no puede ser unívoca. Por un lado, podríamos imputar responsabilidad al doctor si atendemos a todos los autores¹⁷⁰ que afirman que no es demasiado complicado apreciar irregularidades en el electrocardiograma de un paciente con la ya citada enfermedad. Por otro, podríamos defender que no existe responsabilidad alguna puesto que, como ya hemos visto, la medicina es una ciencia que se caracteriza cada vez más por la superespecialización, y el nivel de competencia que ha de alcanzar cada médico ha de analizarse y ponderarse dentro de cada especialidad; por lo que no sería razonable exigir a un cirujano plástico que sea capaz de detectar algo tan específico, y quizá no tan obvio¹⁷¹, como el patrón electrocardiográfico de esta dolencia cardíaca.

En siguiente lugar, pudo constituir también una vulneración de la *lex artis ad hoc* la forma en que el doctor afrontó la parada cardiorrespiratoria del paciente. Es decir, ante un incidente como el que se describe, la forma idónea de intentar reanimar al paciente es mediante la utilización de un desfibrilador. Ello nos hace plantearnos si el médico y, en

¹⁶⁷ BENITO, B., BRUGADA, J., BRUGADA, R. Y BRUGADA, P. “Síndrome de Brugada”. *Revista especializada de cardiología*, 2009, vol. 62, nº 11, pp. 1297-1305.

¹⁶⁸ RUIZ, M. I., MARÍN, E., ET. AL. “Detección de un Síndrome de Brugada en un reconocimiento médico laboral”. *Medicina y seguridad en el trabajo*, 2011, vol. 57, nº 224.

¹⁶⁹ INHAIRCLINIC; Clínica de Freitas; Institut Vila-Rovira, Instituto del Pelo; Unidad Médica Serrano; Hospital Universitario Quirón; Implantes Capilares en España; Instituto Médico del Prado; Castellana Clinic; entre muchas otras.

¹⁷⁰ DAGA, B., MIÑANO, A., ET. AL. “Patrón electrocardiográfico de Brugada desenmascarado por consumo de cocaína”. *Revista Española de Cardiología*, 2005, vol. 58, nº 11 y RETANA-PUIGMARTÍ, M., DE FRUTOS-ECHANIZ, E., ET. AL. “Diagnosticar un síndrome de Brugada: el papel de la atención primaria”. *Medicina de Familia. Semergen*, 2011, vol. 37, nº 10, pp. 569-572: “la realización de una anamnesis adecuada, una exploración física meticulosa y un ECG pueden ser suficientes para catalogar a un paciente como paciente en riesgo”.

¹⁷¹ RETANA-PUIGMARTÍ, M., DE FRUTOS-ECHANIZ, E., ET. AL. “Diagnosticar un síndrome de Brugada: el papel de la atención primaria”. *Medicina de Familia. Semergen*, 2011, vol. 37, nº 10, pp. 569-572: aunque el patrón electrocardiográfico es la prueba esencial para diagnosticar el Síndrome de Brugada, se suelen hacer otras pruebas complementarias que lo confirmen y que descarten otro tipo de cardiopatías.

este caso, también la clínica, cometieron algún tipo de negligencia al no disponer de uno. Lo cierto es que aun a día de hoy no hay una regulación muy profusa y detallada al respecto, por lo que no hay una verdadera obligación¹⁷² de poseer un equipo de estas características en las clínicas privadas. En cualquier caso, sería una medida muy conveniente y más en aquellos lugares donde se practican intervenciones con anestesia cuyos efectos secundarios pueden desembocar en paros cardiacos.

En conclusión, estas y otras muchas cuestiones que pueden surgir al respecto son las que habría que analizar para determinar si efectivamente ha habido incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Igualmente, no podemos perder de vista que en este ámbito no hay respuestas claras e inequívocas puesto que, salvo supuestos muy obvios, hay muchas circunstancias y elementos a tener en cuenta que pueden revelar tanto una conducta completamente correcta y adecuada a la *lex artis ad hoc*, como un proceder negligente generador de responsabilidad.

7.5. Nexo causal y su prueba

Otro de los aspectos fundamentales en la materia de la responsabilidad médica es la necesidad de probar la existencia de un nexo causal entre el proceder negligente del profesional y la comisión del daño. Si no se puede probar, no se podrá imputar responsabilidad al profesional, siendo esta la primera causa de desestimación de las pretensiones de los demandantes de responsabilidad civil médica.

En nuestro supuesto, la existencia de nexo causal supondría afirmar que la conducta del médico, es decir, la aplicación de la anestesia fue la que provocó la muerte del paciente. Pero además, no bastaría con una causalidad entendida como un hecho que se origina a causa de otro, sino que sería necesario que la actuación que propició ese resultado fuera negligente, no adecuada a la *lex artis*, es decir, que analizada *ex ante*, con independencia del resultado, siga siendo inadecuada, ya sea porque tenía que haber usado otra anestesia, porque tenía que haber suministrado una cantidad menor o porque simplemente tenía que haberse abstenido de usar un medicamento así ante el riesgo de que el paciente sufriera una patología cardíaca. Pues si la conducta fuera adecuada, aunque el resultado fuera el mismo, el del fallecimiento del paciente, no se le podría imputar responsabilidad, ya que estaríamos hablando de un caso de fuerza mayor o caso fortuito, que no conllevan la imputación de responsabilidad. Asimismo, igual de atípica sería la conducta para el ordenamiento si, aunque negligente, no ocasionara daño alguno al paciente.

Estamos, de nuevo, ante un problema de prueba: ¿cómo acreditar que la conducta negligente del médico fue la que causó la muerte del paciente? Para ello el ordenamiento y la jurisprudencia han dispuesto unos mecanismos, ya analizados *supra*, que facilitan a la víctima y sus allegados la práctica de la prueba.

¹⁷² La tendencia actual parece apuntar a que la obligación de implantar desfibriladores se va a extender a numerosos ámbitos. De hecho, la Comunidad de Madrid ya impuso la obligación de tenerlos en numerosos centros y servicios de asistencia sanitaria en la Orden 1158/2018, de 7 de noviembre.

Todo el sistema de prueba en el ámbito de la responsabilidad civil médica está inspirado por la doctrina de la facilidad probatoria, según la cual, es quien tiene más facilidad para acceder a las fuentes de prueba quien debe aportarlas. Consecuentemente será el profesional quien deba aportar todos los documentos referidos a su proceder médico y, sobre todo, a la información sanitaria proporcionada y al consentimiento informado suscrito. Es razonable una teoría así, pues no cabría esperar que los perjudicados consiguieran del médico o de la clínica toda la información de la que estos disponen.

En segundo lugar, en lo que a nosotros respecta ocupa un lugar fundamental la teoría del daño desproporcionado que presume que hay un comportamiento negligente por parte del profesional de la salud cuando el daño sufrido por la víctima puede calificarse como desproporcionado en comparación con el que resulta habitual, en el tipo de intervención realizada, según las reglas de la experiencia. Además, se cumplen todos los requisitos que la jurisprudencia exige para poder apreciar esta presunción judicial: se ha producido un evento dañoso que no suele producirse si no es a causa de una negligencia, pues no es habitual que por someterse a un implante capilar se produzca el fallecimiento del paciente; el evento se ha originado por la conducta del profesional al suministrarle al paciente la anestesia; el daño no se puede achacar a la propia víctima o a un tercero; y el daño es claramente desproporcionado pues estamos hablando del fallecimiento de un sujeto en una operación que no entraña especiales riesgos.

Por lo tanto, en virtud de esta doctrina, si el profesional no es capaz de dar una explicación razonada de por qué su proceder no ha sido el causante del daño, se presumirá que este tiene su origen en la negligencia de aquel, por no haber otro razonamiento plausible. En otras palabras, para exonerarse de responsabilidad médica, el doctor deberá justificar que no ha sido la anestesia la que ha desencadenado tan fatídico final o que, en caso de serlo, el tipo de anestesia, la forma de suministrarla y su cantidad han sido las adecuadas y, en última instancia, que no tenía por qué conocer que el paciente padecía el ya mentado Síndrome de Brugada¹⁷³.

En tercer y último lugar, en casos como el nuestro, en los que no quede claro que la actuación del médico haya sido negligente, o habiéndolo sido no haya quedado probado que dicho proceder sea el que haya causado el daño, pero tampoco se acredite que el perjuicio se deba a otras causas, podemos acudir a la teoría de la pérdida de oportunidad. Según esta, la prueba del nexo causal queda en segundo plano, puesto que el daño ocasionado reside en que se ha privado al ahora fallecido de la posibilidad de elegir otro tratamiento distinto, o en una clínica diferente. Es cierto que esta teoría es compleja puesto que implica hacer una reconstrucción retrospectiva del pasado sin poder saber nunca lo que en otras circunstancias habría ocurrido, pero, el mero hecho de que el paciente no hubiera recibido una información sanitaria completa y no conociera los posibles riesgos a que se enfrentaba, implica un perjuicio abstracto a su derecho a la autodeterminación puesto que se le habría privado de la posibilidad de elegir otras opciones menos graves.

¹⁷³ Un caso muy similar recoge la STS de 23 de mayo de 2007 (ROJ STS 3412/2007).

7.6. Indemnización

El último de los aspectos a tener cuenta en el análisis de este supuesto práctico es el de la valoración del daño y el de la indemnización que solicitaremos.

Es cierto que a día de hoy no hay un baremo para el cálculo de las indemnizaciones por negligencia médica, sin embargo, es una práctica muy extendida orientarse por las categorías y cantidades que recoge el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

El presente caso no plantea una excepcional complejidad a la hora de valorar el daño puesto que el resultado ha sido la muerte y ha ocurrido en la misma operación, sin que se hayan podido generar lesiones temporales previas al deceso, algo bastante habitual en otros casos.

Atendiendo a este baremo, podrán reclamar indemnización tanto el cónyuge viudo, la hija póstuma, los hermanos e, incluso, la hija de su mujer por haber convivido con él más de cinco años y albergar, por tanto, la condición de allegado (arts. 62 y ss. RDL 8/2004). A su vez, el baremo desgana la indemnización por fallecimiento en otras tres subcategorías: perjuicio básico, perjuicio personal particular y perjuicio patrimonial.

El fallecido tenía unos ingresos netos de 16.800 € anuales.

En primer lugar, a la viuda¹⁷⁴ le corresponden en concepto de perjuicio personal básico la cantidad 93.973,52 €. No le corresponde nada en concepto de perjuicio personal particular. Y en concepto de perjuicio patrimonial, podrá reclamar 417,66 € por daño emergente y 28.576 € por lucro cesante con una cuota del 60 por ciento.

En cuanto a la hija, le corresponden en concepto de perjuicio personal básico la cantidad de 93.973,52 €, más una cantidad equivalente al 25 por ciento por perjuicio personal particular por ser el perjudicado único de su categoría (23.493, 38 €). Y en concepto de perjuicio patrimonial, podrá reclamar 417,66 € por daño emergente y 58.940 € por lucro cesante con una cuota del 30 por ciento.

Con respecto a los hermanos¹⁷⁵, todos ellos tendrán derecho a la misma indemnización, pues mantenían la misma relación con el fallecido. Por lo tanto, les corresponde a cada uno la cantidad de 15.662,25 € en concepto de perjuicio personal básico. No cumplen ninguno de los requisitos para ser beneficiarios de las cantidades propias de los perjuicios personales particulares, ni tampoco tendrán derecho a cantidad alguna por lucro cesante, pues no dependían económicamente de la víctima. Por el contrario, sí tendrán derecho a los 417,66 € en concepto de daño emergente.

En último lugar, la hija de la viuda, en su condición de allegada, podrá reclamar una cantidad de 10.441,50 €, no teniendo derecho a cantidad alguna en concepto de perjuicio personal particular ni de lucro cesante, pues no dependía económicamente de la

¹⁷⁴ La viuda lleva diez años de matrimonio y tiene 35 años.

¹⁷⁵ Todos son mayores de 30 años y ninguno dependía económicamente de la víctima.

víctima. Sí podrá reclamar, al igual que el resto de perjudicados, la cantidad de 417,66 € en concepto de daño emergente.

Estas cantidades son las que podrá reclamar cada perjudicado según el baremo recogido en el RDL 8/2004. No obstante, la aplicación del baremo previsto para los accidentes de circulación a los casos de daños sanitarios no deja de ser un remiendo que se utiliza para dotar de seguridad a las indemnizaciones que se solicitan, ya que hay infinidad de situaciones, de necesidades y de contingencias que se pueden dar en el ámbito médico y que no admiten acomodo en el ya nombrado baremo¹⁷⁶. Es por ello que, en ocasiones, habrá que solicitar conceptos adicionales a las que recoge el baremo puesto que, de lo contrario, no se conseguiría la reparación integral del daño.

Uno de esos conceptos, en supuestos como el nuestro, se referiría a un daño moral independiente del propio daño moral contemplado en el baremo y que es especialmente ostensible en los casos en que se han infringido las obligaciones sobre información sanitaria y consentimiento informado¹⁷⁷. En consecuencia, no sería descabellado que los perjudicados reclamaran otra cantidad a tanto alzado por este motivo, sin perjuicio de que los jueces y tribunales sean más o menos reacios a admitir cantidades no tasadas en el baremo de accidentes de circulación.

8. CONCLUSIONES

I. La responsabilidad civil médica es una disciplina muy compleja. El componente aleatorio de la medicina, la incapacidad de ésta para explicar todos los fenómenos que se producen en los pacientes y la imposibilidad de exigir de los profesionales un resultado cierto, ya sea en medicina curativa ya sea en medicina satisfactiva, conlleva que haya una importante cantidad de demandas de responsabilidad sanitaria predestinadas a su desestimación.

II. En otros casos, por el contrario, el sistema de la responsabilidad sanitaria buscará y encontrará al causante del daño. Los elementos que deben converger para poder imputar responsabilidad al profesional son el incumplimiento de los estándares de la *lex artis ad hoc*, la causación de un daño y la relación de causalidad existente entre la conducta negligente y el daño. Estos tres componentes mantienen una estrechísima relación pues

¹⁷⁶GALÁN CÁCERES, J.C. *Reflexiones jurisprudenciales sobre el Baremo aplicado en las indemnizaciones por daño sanitario*. Fiscalía Provincial de Badajoz. 2015: “pues no en vano, la prestación sanitaria es muy diferente en las lesiones y menoscabos que puedan originarse como consecuencia de un accidente de circulación en tal sentido, ya que los riesgos y consecuencias de la praxis médica, tanto la actividad de diagnóstico, como la realidad de los tratamientos médicos, así como en las intervenciones quirúrgicas, es indudable que surgen diferentes consecuencias, enfermedades y secuelas que tienen una naturaleza específica y diferente al catálogo de lesiones y secuelas que comprende el baremo de resarcimiento de los daños corporales relativo a los accidentes de circulación”.

¹⁷⁷ STS de 20 de septiembre de 2005 (ROJ STS 5368/2005): “Como es fácil entender no se indemniza en este supuesto el daño moral dos veces por los mismos hechos. El baremo reconoce una cantidad como daño moral complementario por las lesiones sufridas que la Sala aceptó, mientras que ahora se indemniza el daño moral que comporta la falta de consentimiento informado que la Administración tenía la obligación de cumplir y que omitió” y de 15 de septiembre de 2015 (ROJ STS 3752/2015): “que el daño ocasionado por esta falta de información afecta en exclusiva a los padres demandantes, a los que se ha ocasionado un daño moral al verse privados de la información necesaria para poder tomar de forma adecuada sus decisiones”.

en el momento que falte uno, no se podrá exigir responsabilidad al profesional. De ahí que el análisis que se deba hacer de esta disciplina sea detallado, exhaustivo y global.

III. La responsabilidad médica es una rama de la responsabilidad civil eminentemente técnica. Con esto quiero decir que los profesionales del derecho solo pueden sentar las bases de la reclamación sanitaria, puesto que el éxito de la demanda dependerá, en última instancia, de los dictámenes periciales que aprecien la existencia de negligencia y causalidad.

IV. No obstante, las obligaciones referentes a la información sanitaria y al consentimiento informado van adquiriendo paulatinamente más entidad dentro del ámbito de la *lex artis ad hoc*, hasta el punto de que se está convirtiendo en el cauce prioritario para obtener éxito en este tipo de reclamaciones. La concepción de la vulneración de estas obligaciones como un daño independiente del daño médico, permite que se pueda obtener una sentencia estimatoria, dejando de lado otras figuras de tan difícil prueba como el nexo de causalidad o la conducta negligente.

V. En materia de responsabilidad médica resultan fundamentales, y aun falta trabajo por hacer atendiendo al derecho comparado, todos los mecanismos tendentes a facilitar al perjudicado la prueba. Para las víctimas y sus familiares la práctica de la prueba en un ámbito como este puede resultar una tarea titánica por tratarse de cuestiones técnicas y, sobre todo, por el corporativismo que suelen manifestar los profesionales de la medicina. La única forma de paliar este comportamiento entre el personal sanitario es imponerle la obligación de colaborar en la práctica de la prueba.

VI. La valoración del daño médico es una cuestión muy complicada que, desde luego, tiene la suficiente entidad como para que sea regulada en un baremo propio que satisfaga las peculiaridades propias de esta materia; el baremo de accidente de tráfico ha demostrado ser insuficiente. Hasta entonces deberemos conformarnos con las indemnizaciones más o menos adecuadas al principio de reparación integral del daño que jueces y tribunales concedan.

VII. En definitiva, la responsabilidad médica es una materia en la que falta mucho camino por avanzar, pero también es cierto que en estas dos últimas décadas se está produciendo un cambio de tendencia: los pacientes son más conscientes de sus derechos, los profesionales son sabedores de que deben garantizar unos mínimos de calidad y los jueces y tribunales dictan sentencias cada vez más consonantes con el principio de reparación integral del daño.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ALDAGUER, M. Y COS, E. (2003). “Hablemos de... consentimiento informado”. *GH Continuada*, vol. 2, núm. 2.
- ALVARADO-GUEVARA, A. T Y FLORES-SANDÍ, G. (2009). *Errores médicos*. Costa Rica.
- ÁLVAREZ LAINZ, M. *Responsabilidad por daño sanitario*. Santander, 2020.
- ARBESÚ GONZÁLEZ, V. (2016). “Antecedentes históricos de la responsabilidad civil en cirugía estética”. *El avance las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho*, vol. 26.
- BENITO, B., BRUGADA, J., BRUGADA, R. Y BRUGADA, P. (2009). “Síndrome de Brugada”. *Revista especializada de cardiología*, vol. 62, nº 11, pp. 1297-1305.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO L. (2014). “Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?”. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 6, núm. 2.
- COELLO DE PORTUGAL MARTÍNEZ DEL PERAL, I. (2015). “El plazo de prescripción de la acción directa del tercero perjudicado frente a la aseguradora”. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 53, pp. 27-34.
- DAGA, B., MIÑANO, A., ET. AL. (2005). “Patrón electrocardiográfico de Brugada desenmascarado por consumo de cocaína”. *Revista Española de Cardiología*, vol. 58, nº 11.
- DE URBANO CASTRILLO, E. (2012). *La responsabilidad penal médica: estado actual de la cuestión*. Recuperado de <http://tirantonline.com>.
- GALÁN CÁCERES, J.C. (2015). *Reflexiones jurisprudenciales sobre el Baremo aplicado en las indemnizaciones por daño sanitario*. Fiscalía Provincial de Badajoz.
- GARCÍA CALVO, M. T. (2017). “Causalidad jurídica versus causalidad médica”. *Nexo de causalidad en la responsabilidad médico-legal*, vol. 14.
- GARCÍA GARNICA, M. C. (2010). *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*. Aranzadi, Cizur Menor.
- GARCÍA MILLÁN, A. (2009) “La información al paciente como pieza clave de la calidad asistencial”. *Revista clínica de medicina de familia*, vol. 2, núm. 6.
- GARCÍA-PASCUAL, E., GIL, S., SALAZAR, M. F. Y ANTOLÍN, M. T. (2017). “Síndrome de Brugada, colonoscopia y atención anestésica vigilada. A propósito de un caso.” *Revista Argentina de Anestesiología*, vol. 75, nº 3, pp. 148-151.
- GALÁN CORTES, J. C. (2007). *Responsabilidad civil médica: daños y perjuicio-baremos*. Cizur Menor, Civitas.
- GALÁN CORTÉS, J. C. (2011). *Responsabilidad civil médica*. Cizur Menor, Civitas.

GALÁN CORTÉS, J. C. (2016). “Responsabilidad civil médica: consentimiento informado de adultos”. *Responsabilidad Civil Médica*, Civitas.

GASCÓN ABELLÁN, M. (2017). “Valoración de la prueba y causalidad jurídica”. *Nexo de causalidad en la responsabilidad médico-legal*, vol. 14.

GÁZQUEZ SERRANO, L. (2014). “Valoración del daño por fallecimiento: problemas de legitimación activa y perjudicados por el procedimiento”. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 52, pp. 25-50.

GÓMEZ RIVERO, M. C. (2008). *La responsabilidad penal del médico*. Recuperado de <http://tirantonline.com>.

JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N. (2011). *Los procesos por responsabilidad civil-médico sanitaria*. Tecnos, Málaga.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V. (2003). *La valoración de los daños patrimoniales en los supuestos de responsabilidad civil médica*. Universidad de Alcalá.

KLAUS MÜLLER, C. (2011). “La anestesia local en el paciente con enfermedades crónicas ¿Qué se puede hacer y qué es lo que no se puede hacer?” *Quintessence*, vol. 24, nº 8, p. 413-418.

LLAMAS POMBO, E. (2008) *Doctrina general de la llamada culpa médica*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/>.

MANJÓN RODRÍGUEZ, J. B. (2013). “Configuración jurídica y evolución jurisprudencial en la prestación de servicios de cirugía estética: información responsabilidad y publicidad”. *XXII Congreso Derecho y Salud*, vol. 23.

MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, L. (2004) *La responsabilidad civil*. Colex, Madrid.

MONTERROSO CASADO, E. (2018). “Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación” en Esther Monterroso Casado (coord.), *Responsabilidad profesional*. Recuperado de <http://tirantonline.com>.

MORILLAS CUEVA, L. (2014). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Madrid, Dykinson.

MUNAR BERNAT, P. (2006). “Daños causados por actos médicos” en Eugenio Llamas Pombo (coord.), *Estudios de jurisprudencia sobre daños*. La ley, Madrid.

MUÑOZ CUESTA, J. (2016). “Responsabilidad penal médica”. *Revista Aranzadi doctrinal*, nº 11. Cizur Menor.

NIKOLAEVA GEORGIEVA, K. (2019). *Competencia territorial y responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia del TS*. Sepín. Recuperado de <https://blog.sepin.es/2019/03/competencia-territorial-responsabilidad-extracontractual-ts/>.

PARRA SEPÚLVEDA, D. (2014). *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*. Getafe.

- PUEYO CALLEJA, F. J. (2008) “La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil contencioso-administrativa”. *Derecho y salud*, vol. 17.
- RIZZARDO, A. (2005). *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, Editora Forense.
- RETANA-PUIGMARTÍ, M., DE FRUTOS-ECHANIZ, E., ET. AL. (2011). “Diagnosticar un síndrome de Brugada: el papel de la atención primaria”. *Medicina de Familia. Semergen*, vol. 37, nº 10, pp. 569-572.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. (2017). “La omisión de información en las historias clínicas en el ejercicio de la medicina privada como supuesto de responsabilidad por mala praxis médica”. *Cuaderno de medicina forense*.
- ROMERO PALANCO, J.L. (2002). “La pericia médico-legal en los casos de responsabilidad médica”. *Cuadernos de Medicina Forense*, núm. 27.
- RUBIO TORRANO, E. (2012). “Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3.
- RUIZ, M. I., MARÍN, E., ET. AL. (2011). “Detección de un Síndrome de Brugada en un reconocimiento médico laboral”. *Medicina y seguridad en el trabajo*, vol. 57, nº 224.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2014). “La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8.
- SANGÜESA CABEZUDO, A. M. (2012). *Autonomía del paciente. Consentimiento informado*. LEFEBVRE. Recuperado de <https://elderecho.com/autonomia-del-paciente-consentimiento-informado>.
- SANTOS MORÓN, M. J. (2017) *La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC*. Universidad Carlos III.
- SEIJAS QUINTANA, J. A. (2011). “Responsabilidad médica: nueva visión del Tribunal Supremo ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y resultados” en Mariano José Herrador Guardia (coord.), *Derecho de daños*.
- SILLERO CROVETTO, B. (2013). “La responsabilidad civil médico-sanitaria” en Manuel Camas Jimena (coord.), *Responsabilidad médica*. Recuperado de <http://tirantonline.com>.
- SOLÉ FELIU, J. (2018). “Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria”. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 1.
- VÍTOLO, F. (2011). *Errores diagnósticos. Por qué se producen y pautas para evitarlos*. Recuperado de http://www.noble-arp.com/src/img_up/24052011.5.pdf.
- XIOL RÍOS, J. A. (2004). “La institución frente a las reclamaciones por negligencias profesionales”. *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, 2004, vol.2, núm. 4. Recuperado de <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-administracion-sanitaria-siglo-xxi-261-articulo-la-institucion-frente-reclamaciones-por-13070124>.